

The background of the cover is a dark, textured green. It features several horizontal lines representing clotheslines. Numerous hand-drawn banknotes with dollar signs (\$) are clipped to these lines with clothespins. In the lower-left corner, there is a bucket filled with stacks of coins and more banknotes. Some coins are scattered on the ground around the bucket. The overall theme is the 'washing' of money.

Revista

ISSN 2007-4700

Real

MÉXICO

Número 23

julio - diciembre 2023



Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos



Martín Alexander Martínez Osorio

*Universidad Tecnológica de El Salvador
Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador
Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga
y el Delito (UNODC)*

RESUMEN: El artículo desarrolla cuestiones básicas relacionadas con el delito de lavado de activos como son su denominación, las fases o etapas del proceso delictivo y su descripción básica en la mayor parte de legislaciones penales del entorno latinoamericano.

PALABRAS CLAVE: lavado de dinero, conductas criminales, derecho comparado.

ABSTRACT: The paper examines fundamental issues concerning the money laundering offence, such as its denomination, the different stages of the criminal activity for its execution, and its basic regulation in most of the criminal legal systems in Latin America.

KEYWORDS: money laundering felony, criminal behaviors, comparative law.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Denominación: lavado, blanqueo, reciclaje. 3. El lavado como proceso: las diferentes etapas. 3.1. Colocación. 3.2. Ensombrecimiento. 3.3. Integración. 4. Las conductas típicas. 4.1. Primer grupo de conductas: la conversión y la transferencia. 4.2. Segundo grupo de conductas: el ocultamiento y la simulación. 4.3. Tercer grupo de conductas: la adquisición, posesión y utilización. 4.4. Otro grupo de conductas no comprendidas en los convenios internacionales: invertir, administrar, custodiar y transportar. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

El fenómeno del lavado de activos se encuentra generalmente asociado —pese a encontrar diversos antecedentes históricos desde el derecho romano¹— con la expansión del tráfico ilícito de drogas acaecido en los años sesenta del siglo pasado.² El imperativo de su incriminación autónoma surge de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988—,³ en adelante Convención de Viena (1988)—. Un documento cuya elaboración se inserta en una severa crisis en la política criminal internacional acaecida en la década de los ochenta.⁴ Al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS nos recuerda que los trabajos preparatorios de este documento internacional tenían como objetivo que la legislación penal de los países integrantes de la ONU, comprendiera sanciones para los actos relacionados con la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado directa e indirectamente del narcotráfico.⁵ Se apostó, además, por el castigo generalizado de los actos preparatorios y las formas de participación relacionadas con tales comportamientos.

Teniendo a la referida convención como punto de partida, la política criminal internacional mostró un creciente interés en el castigo de todas las operaciones o transacciones financieras y comerciales cuya finalidad fuera brindar una apariencia de legalidad a los activos provenientes de cualquier delito grave —en

sus inicios únicamente del tráfico de drogas— o que derivaran de la actuación de la criminalidad organizada. Con relación a este último punto, se parte de la lógica que desarticulando la estructura empresarial y económica de las organizaciones y grupos criminales se desmantela de forma eficaz su poder. Algo más que evidente, en la medida que los delincuentes buscarán reciclar los beneficios obtenidos de las actividades ilegales mediante su introducción al tráfico jurídico, a fin de poder disfrutarlos o invertirlos *a posteriori* sin tener que dar cuentas de su origen espurio.⁶

La existencia de la referida convención, y de las subsiguientes, como la Convención de las N.N.U.U. contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 —Convención de Palermo— y la Convención de las N.N.U.U. contra la Corrupción de 2003 —Convención de Mérida—, así como el Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito de 1990 —Convenio de Estrasburgo— y el Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Comiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo de 2005 —Convenio de Varsovia— mantienen la misma tónica,⁷ lo que demuestra una estrategia global contra el blanqueo de capitales conformada con las siguientes líneas de acción: (a) la criminalización específica y autónoma del lavado de activos; (b) el castigo específico y complementario de todas las formas de participación o ejecución imperfecta del delito en referencia; (c) la estructuración de mecanismos y procedimientos de detección y fiscalización de transacciones y operaciones realizadas a través de sistemas de intermediación financiera, que resultan sospechosas de constituirse en actos de blanqueo; (d) la ampliación y modernización de las normas y procedimientos de incautación, inmovilización y decomiso de capitales y bienes de

¹ Así ABEL SOUTO sostiene que el blanqueo de dinero no es un fenómeno “nuevo”, aunque sí es novedosa la preocupación que semejante problema ha suscitado en el ámbito internacional. Al efecto, cita a la autora alemana KERN, quien afirmó que la historia del blanqueo de dinero es tan antigua como el dinero mismo. Encontrándose antecedentes históricos en la época de emperadores romanos como Vespasiano. De ahí deriva la máxima clásica “pecunia non olet”. Cfr. ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. servicio de publicaciones*, Universidad Santiago de Compostela, 2002, Pág. 41.

² BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4º edición, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, Pág. 60.

³ Sobre el desarrollo histórico, *Vid.* WINTER ETCHEBERRY, J., “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”; en: AMBOS K./CARO CORIA, D./MALARINO, E. (Coords.), *Lavado de activos y compliance*, 1º edición, Jurista Editores, Lima, 2015, Págs. 98-104.

⁴ PRADO SALDARRIAGA, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019, Pág. 22.

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, en: *Política criminal y Derecho penal, Estudios*, 2º edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, Págs. 883-884.

⁶ Conviene tener presente lo señalado por ZUÑIGA RODRÍGUEZ: “...el fin último de la criminalidad organizada estricta y toda su estructura, división de trabajo, toma de decisiones, relaciones internas y relaciones externas están funcionalizadas a la obtención del lucro”, *Vid.* ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, Edit. Comares, Granada, 2009. Pág. 133.

⁷ No puede dejar de mencionarse el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito y Otros Delitos Graves, elaborado por el Grupo de Expertos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) y que fue aprobado en el curso de la octava sesión plenaria del 23 de mayo de 1992 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Este instrumento ha tenido una importante influencia en las legislaciones latinoamericanas.

procedencia ilegal; (e) la eliminación del secreto bancario como un obstáculo en las investigaciones por este delito y (f) la flexibilización de las reglas de valoración probatoria dentro del proceso penal.⁸

La incorporación en el derecho interno de estas líneas de acción se bifurcó en dos dimensiones normativas: la primera, de carácter *preventivo* que se enfoca en la producción de regulaciones administrativas en las zonas sensibles de la actividad económica respecto de las operaciones del lavado; y la segunda, de carácter estrictamente *penal*, que tiene como base la plasmación del delito y de tópicos conexos como los relativos a la prueba indiciaria, la asistencia legal mutua y el uso de métodos especiales de investigación. En perspectiva, este incesante proceso de recepción jurídica permite augurar la consolidación de un derecho penal supranacional, el cual posee como una característica esencial: la homogenización de los diferentes elementos que componen las conductas criminales que los diversos Estados deben incorporar a su derecho interno.⁹

2. Denominación: lavado, blanqueo, reciclaje

Suele hacerse referencia a la infinidad de denominaciones con las que se busca describir las operaciones delictivas que intentan dotar de apariencia de legalidad al dinero y bienes de origen ilícito.¹⁰ Así, es bastante común el uso de los términos “lavado de activos”, “lavado de dinero”, “blanqueo de capitales”, “legitimación de capitales ilícitos”, etc.¹¹ Tal pluralidad de indicativos ha llevado a que doctrinarios,

como ARANGUÉZ SÁNCHEZ, afirmen que nos encontramos ante un verdadero “caos terminológico”.¹² ABEL SOUTO afirma que la denominación está en función de las variantes idiomáticas regionales, empero, tal término se constituye en un auténtico híbrido de imprecisión y exactitud, ya que está compuesto por un término propio del *argot* delincencial —v. gr: lavado, blanqueo— y otro netamente técnico —v. gr: activos, capitales, etc.—.¹³ Y es que su origen suele relacionarse con la expresión anglosajona *money laundering* que identifica un modo de proceder de las organizaciones mafiosas norteamericanas en utilizar cadenas de lavanderías para realizar la mezcla de ganancias provenientes del contrabando con los rendimientos económicos percibidos por el uso de las máquinas.¹⁴

Sobre esto, DÍEZ RIPOLLÉS considera que, a fin de superar tal circunloquio, podrían utilizarse otros términos, tales como “regularización”, “reconversión”, “naturalización” o “normalización” que —unidas a la locución “de capitales de origen delictivo”— precisen de manera adecuada la incorporación de los efectos directos e indirectos del delito al circuito económico.¹⁵ En este punto conviene tener presente que el término “blanqueo” es reconocido internacionalmente en el Convenio Europeo de Estrasburgo de 1990 (art. 6) y en la Convención de Palermo de 2000 (art. 3). Y tiene como objeto los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito” (art. 2 letra e). En tal sentido, el referido instrumento internacional —como de igual forma lo hizo la Convención de Viena de 1988— define a los bienes como los

... activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la pro-

⁸ Sobre lo anterior, PRADO SALDARRIAGA, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales*, citado, Pág. 23.

⁹ Sobre estas medidas CHOCLÁN MONTALVO, J., *La organización criminal, tratamiento penal y procesal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000, Pág. 14.

¹⁰ Sobre esto, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, Pág. 4. Quien sostiene: “[e]n cualquier caso, expresiones como «blanqueo», «lavado» o incluso «reciclaje», son utilizadas indistintamente por la doctrina penal para referirse al mismo fenómeno”.

¹¹ De acuerdo con ABEL SOUTO, son tres las denominaciones acostumbradas en el plano internacional “reciclaje”, “blanqueo” y “lavado”. La primera es la traducción literal de *riciclaggio* y se utiliza en Italia. La segunda *blanchiment* se utiliza en Bélgica y Francia como en Portugal (*branqueamiento*) y España (*blanqueo*). Y el término “lavado” es el más extendido en los países anglófonos (*money laundering*), en Alemania (*Geldwäsche*) y en la mayor parte de países sudamericanos. *Vid.* ABEL SOUTO M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, citado, Págs. 32-34.

¹² ARANGUÉZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, Pág. 24.

¹³ ABEL SOUTO, M., *La expansión iberoamericana del blanqueo de dinero y las reformas penales, españolas de 2015*, Pág. 14.

¹⁴ PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Edit. Grijley, Lima, 2007, Pág. 8. Sostiene este autor: “[t]odo parece indicar que históricamente el origen de la expresión lavado de dinero está ligado al rol encubridor que cumplían las lavanderías regentadas por inmigrantes de origen asiático, al acopiar y esconder el dinero proveniente de la venta de alcohol, que obtenían las organizaciones mafiosas norteamericanas durante la época de la prohibición”.

¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas*, citado, Pág. 914.

Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos

piedad u otros derechos sobre dichos activos” (art. 2 letra d). Si nos atenemos estrictamente a los términos utilizados en los diversos convenios internacionales, la terminología adecuada sería “lavado de bienes de origen delictivo” o “blanqueo de bienes de origen delictivo.

Empero, cualquiera que sea terminología aplicable, tanto en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, el uso de los términos “lavado de dinero” —seguido en América Latina— o “blanqueo de capitales” —en España—, son expresiones que los ciudadanos comprenden e identifican. Esto es clave a los fines de motivación individual y prevención general en los que asientan las prohibiciones penales que es, en última instancia, lo que resulta determinante. Adicionalmente, el término *activo* o *capital* se refiere como toda aquella ventaja económica derivada directa o indirectamente de la comisión de un delito —así lo estipula, por ejemplo, el Convenio de Estrasburgo—. En otras palabras, hablamos del *producto directo o derivado del delito*. En tal sentido, no solo el dinero puede ser objeto del lavado de activos, sino cualquier ventaja patrimonial lo suficientemente importante para dotarla de disfraz de legalidad.¹⁶ Valga la aclaración, aunque los términos bienes y capitales pueden considerarse sinónimos, los mismos hacen referencia a que el objeto material de la conducta debe tener relevancia económica, lo que permite descartar de su radio de aplicación las cantidades insignificantes.¹⁷

Por último, dentro de la discusión terminológica acerca del objeto del delito, suele distinguirse entre el dinero negro —*black money laundering*— y el dinero sucio —*dirty money laundering*—. Con el primer término se relaciona el provecho obtenido de actividades económicas legales pero que elude las obligaciones impositivas tributarias; mientras que el segundo, identifica a las ventajas obtenidas de la comisión de un delito.¹⁸ Tal distinción ha llevado a sostener que todo dinero sucio es negro, pero no todo dinero negro es sucio, a menos que, haya obtenido mediante la comisión de operaciones ilícitas.¹⁹ Así, por ejemplo, la STS 277/2018 afirma que

...la actividad blanqueadora es algo distinto de operaciones financieras o movimientos de capital dirigidos más que a disimular el origen de los fondos (...), a propiciar su opacidad por razones también tributarias de futuro o de elusión de responsabilidades patrimoniales que pueden no tener nada que ver con el delito antecedente.²⁰

3. El lavado como proceso: las diferentes etapas

Es unánime la consideración que el lavado de activos es un proceso consistente en el distanciamiento de ciertos bienes de valor económico del delito antecedente que los produjo, para luego, integrarlos como un patrimonio legítimo dentro del tráfico jurídico e intachable ante la percepción social. De ahí que el blanqueador buscará todas aquellas técnicas, métodos y operaciones que contribuyan a salvaguardar la capacidad económica lograda por los hechos criminales antecedentes, pues si no lo logra, serán fácilmente identificadas tales ganancias y las perderá ante la actividad persecutora estatal. Como apunta FABIÁN CAPARRÓS, a medida que se oculten todas aquellas trazas que permitan descubrir su auténtica naturaleza, mejor será el resultado de su regularización y mayor consistencia en su apariencia de legalidad.²¹ Se trata entonces, de un proceso, en todo caso, dinámico y perfectible, en el que suelen identificarse como métodos más comunes la adquisición de bienes muebles e inmuebles y su posterior reventa; la obtención de productos financieros como tarjetas de créditos, préstamos bancarios, seguros, compra de acciones bursátiles, etc.; las transferencias realizadas a cuentas en el exterior mediante el sistema SWIFT, el transporte de dinero fuera del país; el uso de “paraísos fiscales”; la constitución o el mantenimiento de negocios o empresas con una alto flujo de liquidez monetaria —casinos, hoteles, supermercados, etc.—,²² entre otros métodos.

Sin embargo, y con objeto de esclarecer de mejor manera las modalidades comisivas de este delito, se han propuesto diferentes esquemas que identifican

¹⁶ En esto seguimos totalmente a FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Edit. Colex, Madrid, 1998, Pág. 65.

¹⁷ Díez Ripolles, *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas*, citado, Pág. 914.

¹⁸ Aranguéz Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Págs. 30-31.

¹⁹ FABIÁN CAPARRÓS, *El delito blanqueo de capitales*, ci-

tado, Pág. 58.

²⁰ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sentencia de 8 de junio de 2018, ref. STS 277/2018

²¹ FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 49.

²² Al respecto, ÁLVAREZ PASTOR, D. /EGUIDAZU PALACIOS F., *La prevención del blanqueo de capitales*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998, Págs. 33-41.

cada una de sus fases.²³ Así, y quizás por la importancia que reviste el Grupo de Acción Financiera Internacional —GAFI/FATF— se suele distinguir prope- déuticamente entre las fases de *colocación, ensombrecimiento e integración*. No obstante, y como advierte BLANCO CORDERO, estas etapas no suelen darse de forma sucesiva en la realidad; sino que pueden lle- varse a cabo de forma separada o simultáneamente. En otras palabras, la estrategia a seguir es de elección del blanqueador y dependerá de los mecanismos que tenga a la mano y las necesidades que requiera — por ejemplo— una organización o grupo criminal.²⁴ Como afirmó con acierto PALMA HERRERA, el deli- to en estudio no es una ciencia exacta, por lo que en la realidad no pueden diferenciarse sus fases con tanta nitidez como el legislador hubiera querido.²⁵ En consecuencia, el modelo *trifásico* debe considerarse como una herramienta metodológica para compren- der en líneas generales el proceso de blanqueo, sin descartar la existencia de otro tipo de tipologías que nos ayuden a comprender de mejor manera el fenó- meno en estudio.²⁶ Hecha la salvedad, estudiemos cada una de estas etapas:

3.1. Colocación

Comprende todas las acciones destinadas a ingresar el dinero en efectivo en el sistema económico-legal. El blanqueador suele efectuar un estudio del entorno financiero más propicio para sus actividades y luego depositará el dinero dónde existen nulas o mínimas exigencias de su justificación. Tradicionalmente, ha sido el sector bancario el que se ha mostrado espe- cialmente vulnerable a estas prácticas y de ahí la amplia reglamentación que existe en la actualidad para detectar este tipo de transacciones. Luego aparecen otros sectores como las aseguradoras, empresas co- merciales y las profesiones liberales. De ahí que, en los sujetos legalmente obligados, recaigan como obli- gaciones esenciales: la identificación del cliente, la exigencia de la documentación precisa que justifique

²³ Sobre los mismos, *Vid.* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Pág. 37.

²⁴ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo*, citado, Pág. 76.

²⁵ PALMA HERRERA, J., *El delito de blanqueo de capitales*, Edit. Edersa, Madrid, 2000, Pág. 491.

²⁶ DEL CARPIO DELGADO, “Breves comentarios sobre la reforma del 2016 del delito de lavado de activos”, en *Actualidad Penal*, n° 32, Lima, 2017 Pág. 26.

la operación y la comunicación de todas aquellas ope- raciones sospechosas a los órganos administrativos de control. Como muy bien apunta PRADO SALDA- RRIAGA, si el dinero ilegal logra penetrar el siste- ma financiero, resulta poco probable y costoso poder identificar, luego con certeza, la procedencia ilícita de los bienes o capitales involucrados.²⁷

3.2. Ensombrecimiento

En esta etapa se realizan un sinnúmero de operacio- nes económicas, que pueden acontecer en el territorio de uno o varios países, las que tienen el objetivo co- mún de perder el rastro delictivo de los activos o evi- tar cualquier verificación contable de los mismos.²⁸ Suelen utilizarse recursos como la banca *on line* para la realización de transacciones en diferentes cuentas dentro y fuera de un país y que pueden tener como destino algún “paraíso fiscal” poseedor de una férrea política de defensa del secreto bancario, lo que im- pide, en muchos casos, establecer la trazabilidad del dinero.

Sobre este último punto, siguiendo a FABIÁN CA- PARRÓS, es difícil establecer una definición clara de lo que se entiende por “paraíso fiscal”, aunque sí pue- den establecerse algunas de sus características funda- mentales: (a) ausencia o bajo nivel de imposición de rentas; (b) el mantenimiento del secreto bancario y comercial; (c) renuencia a aceptar convenciones fis- cales; (d) una política de puertas abiertas en materia de control de cambios, asociada al ofrecimiento al capital extranjero de un abanico de condiciones mer- cantiles e impositivas ventajosas; (e) un sector finan- ciero desarrollado para la captación de recursos del exterior; (f) la disponibilidad de diferentes medios de comunicación para efectuar diversas operaciones bancarias. Y, sobre todo, una necesaria estabilidad política.²⁹

Otra forma consiste en la adquisición de bienes muebles e inmuebles que posteriormente son vendi- dos generalmente a precio inferior o que suelen ser sustituidos por otros de la misma o diversa naturaleza. Al respecto, BLANCO CORDERO identifica como algunos de los métodos utilizados en esta fase: (a) la

²⁷ PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, citado, Pág. 29.

²⁸ *Ibidem*, Pág. 28.

²⁹ *Cfr.* FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capita- les*, citado, Págs. 88-109.

Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos

creación de un rastro documental falso para ocultar la verdadera fuente, propiedad, localización o control sobre los fondos ilegales generados; (b) la conversión del dinero en efectivo en instrumentos financieros; (c) la adquisición de bienes materiales con dinero en metálico y su posterior cambio o venta; y (d) las transferencias electrónicas de fondos.³⁰

3.3. Integración

El dinero —u otros activos originariamente delictivos— regresan a la economía debidamente arropados con el velo de la legitimidad. La repatriación puede realizarse mediante operaciones ficticias de importación o exportación, adquisiciones sobrevaloradas, pagos imaginarios, préstamos ficticios con instituciones bancarias extranjeras y toda una serie de subterfugios que permiten la inserción de dineros “ya lavados” que pueden ser disfrutados o invertidos sin discusión alguna.³¹ Dentro de los métodos utilizados en esta etapa se encuentran la adquisición de una o varias propiedades con dinero reciclado a través de una sociedad interpuesta, autopréstamos entre sociedades mercantiles que son parte de la misma organización criminal, préstamos simulados con bancos extranjeros, entre otros.³²

Para finalizar este apartado, conviene hacer referencia al modelo analítico propuesto por PRIETO DEL PINO/GARCÍA MAGNA/MARTÍN PRADO, que distingue entre conductas que se realizan al margen del sistema económico —almacenamiento/transporte— y aquellas que implican formas de introducción en el tráfico lícito —colocación, transformación y blanqueo en sentido estricto—.³³ Las primeras de naturaleza periférica y las segundas de carácter nuclear, pero que no están necesariamente vinculadas entre sí material o temporalmente. De ahí que, puedan sucederse unas con otras y hasta entrecruzarse. Desde su percepción, únicamente puede hablarse de lavado cuando se consiga ocultar el origen ilícito de los fon-

dos, produciéndose así una integración en el sistema económico lícito con apariencia de licitud —v. gr. existe un título jurídico de cobertura, simulación total o parcial de incrementos patrimoniales jurídicamente acreditados o acreditables, y actividades contractuales o mercantiles total o parcialmente ficticias—. La colocación consiste en introducir o mover los fondos en el sistema financiero —v. gr. depósitos efectuados en una o más cuentas, entidades bancarias a nombre del mismo o diversos titulares u otras formas de ingreso como la adquisición de dinero electrónico, transferencias fraccionadas de dinero ilícito, etc.; mientras que la transformación implica la adquisición de divisas, compra de bienes muebles e inmuebles, inversiones en empresas o sociedades, etc.³⁴

Respecto de las conductas periféricas, sostienen que estas se producen al margen del sistema económico lícito. Y pueden ser previas a la introducción de fondos o constituirse en nuevas entradas de unos mismos fondos en el sistema lícito. Aquí aparecen el envío de dinero mediante sistemas organizados como el “hawala”, el sistema de “fichas” o el mercado negro del peso; el traslado de objetos muebles al exterior o el uso de tarjetas monedero anónimas para almacenar o transportar dinero. En cuanto a la transformación, esta se distingue de la relacionada en el párrafo anterior, en la medida que se realiza al margen de los circuitos legales, y comprenden actividades tales como el canje de billetes de distinta denominación, compraventa o trueque al margen del circuito legal.³⁵ Sin lugar a duda, este aporte permite una percepción mucho más holística y precisa del complejo fenómeno delictivo en estudio.

4. Las conductas típicas

De acuerdo con la Convención de Viena (1988) pueden distinguirse tres grupos de conductas que constituirán en esencia el delito de lavado de activos: (a) la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de su procedencia delictiva; (b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes, o derechos sobre ellos; y (c) la adquisición, posesión o la utilización de bienes maculados, pero en este último caso, su castigo se encuentra condicionado a su

³⁰ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Págs. 85-86.

³¹ Sobre las diferentes modalidades, ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F., *La prevención del blanqueo de capitales*, citado, Págs. 38-39.

³² BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Págs. 86-93.

³³ PRIETO DEL PINO, A./GARCÍA MAGNA, D./MARTÍN PARDO, A. *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, *Revista Indret*, n° 3/2010, Barcelona, Págs. 5-6.

³⁴ *Ibidem*, Págs. 12-33.

³⁵ *Ibidem*, Págs. 7-12.

compatibilidad con los principios constitucionales y conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico receptor. De forma complementaria, se establecen una serie de reglas que se relacionan con el castigo de la confabulación para cometer cualquiera de esas conductas, la tentativa, la asistencia, incitación, facilitación o asesoramiento para cometerlos.³⁶

El esquema de conductas típicas se mantuvo invariable en las Convenciones de Palermo (2000) y Mérida (2003), con la única salvedad de la sustitución del término “encubrimiento” por el de “simulación”.³⁷ Por otra parte, se contempla un elemento de tendencia interna trascendente con relación al primer grupo, y es que tales conductas deben realizarse con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes maculados o de ayudar a sus autores y partícipes a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. Sobre este elemento subjetivo nos referiremos más adelante; sin embargo, debe recalarse que nos encontramos ante un proceso delictivo en el cual se persigue una finalidad: introducir los capitales ilícitos al orden socioeconómico como forma de garantizar su disfrute e inversión. En consecuencia, cada una de las fases y conductas van encaminadas a tal propósito.³⁸ Por otro lado, desde su formulación internacional, va quedando claro que nos encontramos ante un tipo mixto-alternativo en el que bastará la comisión de cualquiera de las conductas para la aplicación de la sanción penal.³⁹

Por último, es preciso apuntar, como señala CARPIO DELGADO, que muchos de los comportamientos comprendidos en el blanqueo se corresponden con negocios jurídicos privados.⁴⁰ De ahí que, esas actuaciones se revestirán de las formas propias del derecho civil y del derecho comercial. Por ende, aunque el derecho penal muestre una sobrada autonomía respec-

to a otros órdenes jurídicos en cuanto a sus métodos interpretativos para el entendimiento de las conductas del lavado de activos, inicialmente se requerirá partir de los presupuestos jurídicos ya elaborados en dichos sectores del ordenamiento jurídico en general. Examinemos cada uno de los grupos de conductas:

4.1 Primer grupo de conductas: la conversión y la transferencia

4.1.1. La conversión

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* —en adelante RAE— es la acción o efecto de “convertir” o “mutar”. Desde la óptica del lavado de activos, este término hace referencia a la transformación o las sucesivas transformaciones que sufren los bienes de origen delictivo hasta su “blanqueamiento” total o parcial.⁴¹ Esto puede consistir en la suma de nuevos elementos diferentes a los que los bienes ya poseen o también mediante la eliminación de algunos de sus elementos definidores. De todas maneras, lo fundamental es que esa acción de convertir se realice directamente sobre los bienes que constituyan el objeto material del delito; siendo su producto final el bien transformado y totalmente distinto del originario.⁴² Por ello, se suele identificar este término con la primera etapa del lavado, esto es, la colocación.⁴³ Por ejemplo: el dinero del delito de extorsión se deposita en cuentas bancarias convirtiéndose en una anotación contable en una libreta, luego se transforma en un cheque y con el mismo se compra un vehículo.

Se reitera que la conversión se relaciona con actividades practicadas sobre el bien lo cual puede dar lugar a su modificación física —v. gr. lingotes de oro convertidos en joyas mediante la fundición—. De ahí que se hable de su *conversión material*. Pero también, pueden existir *conversiones jurídicas o inmateriales*, que tienen lugar mediante depósitos en el sistema bancario que quedan registradas dentro de una cuenta o mediante la adquisición de bienes muebles.⁴⁴ Re-

³⁶ Sobre los cuatro bloques de conductas estipuladas en la Convención de Viena: Díez RIPOLLÉS, J., *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas*, citado, Pág. 885.

³⁷ Arts. 6.1. letra a) ii) de la Convención de Palermo y 23.1 letra a) ii) de la Convención de Mérida.

³⁸ Vid. CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, s/f., Pág. 166. La citada autora afirma —y en esto coincidimos plenamente— que el blanqueo de bienes es el proceso a través del cual el sujeto pretende que los bienes de origen delictivo pierdan tal cualidad a fin de podernos incorporar en el tráfico económico.

³⁹ ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el código penal español*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005, Pág. 102.

⁴⁰ CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, citado, Pág. 168.

⁴¹ Sobre lo anterior, Vid. LOMBARDEO EXPOSITO, L., *Blanqueo de capitales*, Edit Bosch, Barcelona, 2009, Pág. 170.

⁴² CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes*, citado, Pág. 178.

⁴³ PRADO SALDARRIAGA, V., *El delito de lavado de activos*, citado, pág. 91.

⁴⁴ Sobre las conversiones materiales o jurídicas, Vid. ABEL SOUTO, m., *El delito de blanqueo en el Código Penal Español*, citado, Págs. 114-115.

Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos

sulta totalmente irrelevante si la transformación es irreversible o no.⁴⁵

Particular referencia merece la *sustitución* como una forma de conversión.⁴⁶ Esto acontece, por ejemplo, cuando se cambian billetes de menor denominación por otros de mayor valor que suelen ser más fáciles de transportar. Igualmente, se comprende dentro de este comportamiento los casos de compra y venta de moneda extranjera y hasta los casos de compra de billetes de la lotería que han resultado premiados. La compra de criptoactivos queda comprendida en este verbo típico. Como vemos, pueden sustituirse bienes por otros de igual naturaleza —permuta de vehículos— o de distinta naturaleza —dinero por valores accionarios—. Conviene tener presente que lo esencial de esta conducta es su carácter eminentemente unilateral, pues no existe cambio de titularidad con relación al bien. Por ejemplo: se efectúa el ingreso de una cantidad importante de dólares americanos a una cuenta bancaria y luego se envía ya convertida en euros a un banco europeo, perteneciendo ambas cuentas a un mismo titular.

4.1.2. La transferencia

De acuerdo con el *Diccionario de la RAE*, la transmisión puede ser entendida como “ceder a otra persona, el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo”, también como “remitir fondos bancarios de una cuenta a otra”. Desde una concepción estrictamente civil, puede entenderse como la transferencia del dominio en la que el dueño de una cosa —tradente— hace su entrega a otro que tiene la intención y la capacidad de adquirirlo —adquirente— bajo cualquier título traslativo de dominio como es la venta, permuta, donación, etc.⁴⁷ Tal transmisión puede realizarse *inter vivos* —v. gr. la compraventa— como por *mortis causa* —v. gr. la sucesión— de igual manera puede ser a título gratuito como a título oneroso.

Sin embargo, el término que es utilizado en los convenios internacionales es *transferir*, el cual puede

tener un significado más amplio que la simple transmisión del dominio, pudiendo comprender la acción de trasladar o llevar una cosa o persona de un lugar a otro.⁴⁸ Sobre ello, sostiene DEL CARPIO DELGADO, que el concepto que nos brinda el derecho civil es muy restringido, puesto que solo va referido a la transmisión jurídica de los derechos que se tienen sobre los bienes. Asumir este concepto, imposibilitaría castigar bajo esta modalidad delictiva supuestos que son los más comunes, en los que se produce una transmisión de los bienes sin que ello suponga que el titular de los mismos ceda los derechos que posee sobre estos a otra persona.⁴⁹ De ahí que dentro del término transferencia quepan las *transmisiones jurídicas* y las *transmisiones fácticas*. Las primeras supondrían el cambio de titularidad o legitimación en el ejercicio de un derecho, o simplemente la transmisión de los derechos que se tiene sobre los bienes como acontece con una transferencia electrónica a favor de un tercero. Mientras que por transmisiones materiales o fácticas se entenderían el transporte, traslado o la remisión física de un bien de un lugar a otro.⁵⁰

Desde esta óptica, la transmisión de la posesión sería punible aun sin tener la propiedad del bien. Se trata de un punto debatido, debido a que, desde una concepción sumamente estricta, habría que exigir el traslado dominical del bien.⁵¹ O al menos —como propone GARCÍA CAVERO— que el negocio jurídico tenga una apariencia de legalidad conforme las normas jurídico-civiles.⁵² Si se sigue este punto de vista no toda transferencia es una transmisión; sin embargo, atendiendo a un entendimiento amplio del término, las transferencias materiales efectuadas por poseedores y meros tenedores quedarían incluidas en este verbo típico.⁵³

Una conducta sinalagmática con la que se estudia es la adquisición. Pues es su reverso. De ahí que se postula la necesidad de castigar ambas conductas por constituir extremos de un mismo desplazamiento.

⁴⁵ CARO CORIA, D., *Sobre el tipo de lavado de activos*, citado, Pág. 14.

⁴⁶ GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado de activos*, 2^o edición, Edit. B de F., Montevideo, 2016, Pág. 73.

⁴⁷ Señala el art. 651 del Código Civil salvadoreño: “[l]a tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.

⁴⁸ CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes*, citado, Pág. 183.

⁴⁹ *Ibidem*, Pág. 184.

⁵⁰ CARO CORIA, *Sobre el tipo básico del lavado de activos*, citado, Pág. 198.

⁵¹ PALMA HERRERA, *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 426.

⁵² GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, citado, Pág. 75.

⁵³ CARO CORIA, *Sobre el tipo básico del lavado de activos*, citado, Pág. 198.

to patrimonial.⁵⁴ Ahora bien, se discute si respecto al receptor debe existir la obtención de un incremento patrimonial producto de la transferencia. Ciertamente el sector de la doctrina sostiene que no se requiere de este requisito.⁵⁵

Un punto que sí debe quedar claro es que el mero desplazamiento patrimonial de un lugar a otro no es transmisión, aunque algún sector de la doctrina — como lo expusimos anteriormente — lo reconozca así.⁵⁶ Para tales efectos, transportar dinero de un país a otro o dentro del mismo puede quedar comprendida en una regulación expresa que así lo reconozca o en las conductas típicas de posesión o de ocultamiento. Tampoco el traslado de dinero entre diferentes cuentas de un mismo titular — como lo sostuvimos anteriormente — puede ser considerado como una forma de transmisión. En tales casos, estamos en presencia de una conducta de conversión o de un acto de ocultamiento.

4.2 Segundo grupo de conductas: el ocultamiento y la simulación

Como se señaló líneas atrás, la Convención de Viena (1988) relaciona en el art. 3 letra b) las conductas de ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o derechos relativos a tales bienes. Uno de los términos es sustituido en la redacción del art. 6 inciso a) párrafo ii) de la Convención de Palermo (2000) por el de “disimulación”. Como vemos, desde los instrumentos internacionales se hace un distinguo entre dos tipos de conductas que podrían considerarse sinónimas.⁵⁷ De acuerdo al diccionario

de la RAE por “ocultar” puede entenderse la acción de “esconder”, “tapar”, “disfrazar” o “encubrir a la vista”, también como callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir. Mientras que por “disimulación” puede entenderse el “ocultar algo para que no se vea” o para que “parezca distinto de lo que es”.

Siguiendo estas referencias, la ocultación consiste en todas aquellas conductas que se relacionan con esconder o disfrazar cualquiera de las cualidades de los bienes comprendidas en el precepto normativo. Mientras que la simulación serían todas aquellas conductas de camuflaje de bienes para hacerlos parecer lo que no son. Sin embargo, y se repite, ambos términos deben entenderse como sinónimos. Al efecto, conviene tener presente que en los *travaux préparatoires* del último documento internacional citado, se busca comprender todas aquellas conductas que incluyan “la obstrucción del descubrimiento del origen ilícito de los bienes”.⁵⁸

En lo que se puede estar de acuerdo, es que ambos términos comprenden todas aquellas conductas que tengan como finalidad el evitar el descubrimiento del origen ilícito de los bienes o alguna de sus características, y esa relativa indeterminación genera ciertas dudas de compatibilidad de este verbo típico con el mandato de taxatividad y certeza que deben tener las prescripciones penales. Por otra parte, el deslinde de esta conducta, con el favorecimiento real propio del delito de encubrimiento, se suele tornar difuso. Y en esto, conviene tener presente que si bien, puede comprender las acciones idóneas para esconder el bien maculado; de lo que se trata es de ocultar ciertas características que permitan su identificación, y, sobre todo, su origen netamente delictivo. Esto puede realizarse tanto por conductas activas — destrucción de documentos que comprueben una determinada transacción financiera o comercial — como mediante una conducta pasiva — se omite hacer el respectivo reporte de operación sospechosa —.⁵⁹ En consecuencia, nos encontramos ante una modalidad que admite la realización omisiva. En especial, respecto de la infracción de deberes relacionados con los sujetos obligados o respecto del personal de los entes públicos fiscaliza-

⁵⁴ ARANGUÉZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 227.

⁵⁵ PALMA HERRERA, J., *Los delitos de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 423.

⁵⁶ En tal sentido, DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes*, Pág. 183. En contra, GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, citado, Pág. 75. También, LOMBARDO EXPOSITO, L., *Blanqueo de capitales*, citado, Pág. 170. Sostiene el último autor citado: “[n]o es, pues, transmisión el supuesto de transferencia electrónica de los fondos de una persona hacia una sociedad de la que es titular en un paraíso fiscal”.

⁵⁷ En tal sentido, ARÁNGEZ SÁNCHEZ, C., sostiene que ambos términos resultan sinónimos de esconder, disimular, camuflar, tapar o disfrazar el rastro que une al bien con su ilícita procedencia: “[e]l legislador podría haberse ahorrado alguna de esas dos palabras”, *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 232. Efectuando matizaciones, PALMA HERRERA, J., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Pág. 442.

⁵⁸ UNODC, *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Viena, párrafo 132, Pág. 57.

⁵⁹ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 619.

Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos

dores, que —dolosamente— con su inactividad permitan una operación de lavado.

Ahora bien, la descripción internacional hace referencia a que el ocultamiento o disimulación debe versar sobre la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real —no en el sentido de un derecho real, sino respecto de su titularidad— de bienes o derechos relativos a tales bienes. Siguiendo a PALMA HERRERA, cuando el aludido precepto hace mención a la naturaleza del bien, se refiere a su esencia eminentemente delictiva, a su origen, con lo cual nos lleva a una aparente confusión con el siguiente término utilizado en el instrumento internacional. Para evitar esto, por “origen” se puede entender la concreta operación de la cual deviene el bien o de dónde procede.⁶⁰ A tal efecto, el citado doctrinario propone el siguiente ejemplo: un individuo sin actividad laboral posee una cuenta bancaria con una elevada suma de dinero que procede de numerosos ingresos de pequeñas cantidades que le realizan los días quince de cada mes. En tal sentido, el empleado bancario ocultaría el verdadero “origen” si no hace constar las concretas circunstancias que han dado lugar al incremento en la cuenta bancaria —es decir, el alto número de operaciones que han sido llevadas a cabo en varias fechas y de qué lugares proceden cada uno de los depósitos—. ⁶¹

Tal interpretación resulta acertada en la medida que tiene una clara conexión con los términos de movimiento, ubicación y destino de los bienes maculados. Por “ubicación” se entiende su localización, el lugar en el que se encuentran. Con relación al “destino” se trata del punto de llegada, aunque también puede entenderse como la finalidad a la que será destinado. Y por “movimiento”, el curso o traslado de los bienes de un lugar a otro. En otras palabras, su desplazamiento para evitar que tales bienes sean aprehendidos por las autoridades una vez determinada su procedencia delictiva. Por cierto, no puede entenderse simplemente como “movimiento físico”, sino como cualquier traslado de riqueza física, jurídica o contable.⁶²

Por último, el texto internacional relaciona la ocultación o el encubrimiento de la propiedad o demás derechos con relación a los bienes. De acuerdo a la legislación civil, por propiedad o dominio se entien-

de el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o la voluntad de propietario. Si hacemos una relación del tal precepto con lo relacionado en el convenio internacional, lo que se intenta ocultar es al propietario o titular verdadero del bien. Y cuando el precepto se refiere a otros derechos, puede quedar incluida la ocultación de la posesión en su acepción estrictamente civilista.

4.3 Tercer grupo de conductas: la adquisición, posesión y utilización

La Convención de Viena (1988) estableció que —de acuerdo a sus principios constitucionales y los conceptos fundamentales de cada ordenamiento jurídico— los países suscriptores del instrumento internacional, podrán tipificar como delitos la adquisición, posesión o la utilización de bienes producto de un delito, siempre y cuando, la persona que realice tal comportamiento conozca, al momento de recibirlos, su origen en el tráfico de drogas. La regla se mantuvo inalterada en el art. 6 letra b) i) de la Convención de Palermo y el art. 23 letra b) i) de la Convención de Mérida (2003), solo aclarando que los bienes deben derivar de la comisión de cualquier delito grave. Estamos en presencia —como lo apunta la doctrina— de conductas delictivas de punición condicionada para los países suscriptores de los instrumentos internacionales ya relacionados.⁶³ Y, conforme lo establecen ciertos documentos interpretativos de N.N.U.U., buscan castigar penalmente a los receptores de bienes maculados que adquieran, posean o los utilicen.⁶⁴

Verdaderamente, en el caso de la posesión y la utilización, nos encontramos ante conductas que no implican conversión, transformación u ocultamiento alguno, sencillamente se trata de conductas que pueden encontrarse dentro del ámbito del pre-lavado —v. gr. antes de la colocación— como también después de los actos de integración —v. gr. disfrute de los bienes—. De ahí que, se sostenga que su incriminación autónoma, busque convertir el dinero de origen delictivo en dinero “inhábil para circular”.⁶⁵ En pa-

⁶⁰ PALMA HERRERA, J., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Págs. 469-470.

⁶¹ *Ibidem*, Pág. 472.

⁶² *Ibidem*, Pág. 478.

⁶³ DEL CARPIO DELGADO, “Breves comentarios sobre la reforma de 2016 del delito de lavado de activos”, en *Actualidad Penal*, n° 32, febrero, 2017, Pág. 24.

⁶⁴ UNODC, *Guía legislativa*, citado, párrafo 136, Pág. 49.

⁶⁵ Cfr. TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal económico*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, Pág. 346.

labras de BLANCO CORDERO, este aislamiento se consigue amenazando con la imposición de una pena a todos aquellos que realicen negocios con el agente delictivo, independiente de su finalidad y cuantía.⁶⁶

Por ende, nos encontramos ante un “tipo de aislamiento” dirigido a evitar la circulación de los activos ilegales, y en el que pueden resultar comprendidos los terceros que hagan negocios en los que reciban o adquieran bienes maculados.⁶⁷ Esto sin duda puede reportar una infinidad de problemas con las denominadas *conductas neutrales* o *negocios estándar* como veremos más adelante. Sin embargo, tratemos de precisar el alcance de dichos términos antes de entrar en la necesaria interpretación restrictiva que debe hacerse en estos casos.

4.3.1. Adquisición

De acuerdo con el *Diccionario de la RAE*, adquirir puede ser entendido como hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece o que se transmite a título lucrativo u oneroso o por prescripción. Esto se encuentra en sintonía con lo establecido en las leyes civiles cuando se refiere al adquirente como la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre. En el tema que nos ocupa, este término implica la obtención de la propiedad por parte de una persona por cualquier título, bien sea oneroso o gratuito, como consecuencia de una compraventa, permuta, donación, herencia, etc.⁶⁸ En suma, se trata de la incorporación de un bien al patrimonio del blanqueador mediante un determinado título conforme lo estipula el derecho civil. En consecuencia, en su concepción estricta, va más allá de la simple recepción del bien.

Se discute si la adquisición siempre debe reportar algún incremento patrimonial en la esfera de quien lo recibe. Ciertamente el sector doctrinario considera que sí. Sin embargo, PALMA HERRERA sostiene que esto no es necesario, ya que existirá adquisición de un bien cuando se paga por él un precio muy superior al real, lo cual no reporta enriquecimiento alguno.⁶⁹

⁶⁶ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 561.

⁶⁷ BLANCO CORDERO, I., *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales*, ADPCP, Vol. L, 1997, Pág. 271

⁶⁸ GARCÍA CAVERO, *El delito de lavado de activos*, citado, Pág. 76.

⁶⁹ PALMA HERRERA, *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 423.

Por su parte, DE CARPIO DELGADO sostiene que al menos debe existir la toma de posesión de los bienes por parte del adquirente para la consumación de este verbo típico.⁷⁰ De igual forma, no es necesario que exista una contraprestación como acontece en la compraventa, pues resultarán comprendidas también la recepción gratuita de bienes ilícitos incluidas las donaciones y herencias. Por otra parte, la adquisición puede producirse mediante actos *inter vivos* o *mortis causa*. En este último caso, podría castigarse a los sucesores que mediante una herencia reciben bienes de origen delictivo, ya que los testamentos pueden ser instrumentalizados para justificar titularidades.⁷¹

Es de recordar que la adquisición de esos bienes es una conducta que se traslapa con la receptación, siendo la diferencia esencial con el blanqueo, en que este último caso existe un proceso de legitimación de capitales ilícitos con clara trascendencia económica, mientras que en la receptación se tutela el patrimonio individual y se opera con una finalidad estrictamente lucrativa. Aunado a ello, en la receptación se castiga a personas ajenas a la comisión del delito originario del que derivan los bienes, mientras que en el lavado de activos se admite el castigo del autoblanqueo. Cabe finalizar señalando que para algún sector de la doctrina es viable el castigo de la adquisición intentada, en la medida que tras la perfección del contrato no se produzca la incorporación patrimonial en la esfera del adquirente por causas ajenas a su voluntad.⁷²

4.3.2. Posesión

Estamos en presencia de un término que tiene claras connotaciones en el derecho civil, pero que, en materia penal adquiere un entendimiento menos riguroso y de una connotación menos formal como —por ejemplo— acontece en el tráfico de drogas. Tan es así que se interpreta como “tener en su poder algo”.⁷³ De inicio, es distinto de la adquisición, por cuanto en este caso existe un título de dominio sobre los bienes

⁷⁰ DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 172. En contra: ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, citado, Pág. 106.

⁷¹ Así, ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, citado, Pág. 120.

⁷² DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes*, citado, Pág. 176-177.

⁷³ RUIZ LÓPEZ/VARGAS LOZANO/CASTILLO GARAY/CARDONA SOTO, *El lavado de activos en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, Pág. 123.

Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos

ilícitos, o al menos, un incremento patrimonial como lo sugiere cierto sector doctrinario. En relación con la tenencia, este término hace referencia a la simple detentación del bien, lo cual no acontece con la posesión en la que puede existir una disponibilidad directa o indirecta —incluso a distancia y sin contacto físico— requiriéndose solo la atracción del bien hacia la esfera de custodia sin que sea necesaria la presencia del sujeto en el lugar en el que se encuentra la cosa. Por ende, BLANCO CORDERO sostiene que lo relevante en la posesión es la disponibilidad real y efectiva de los bienes más allá de la simple tenencia.⁷⁴

Este poder de disposición puede encontrarse aun y cuando la titularidad de los bienes esté a nombre de otros.⁷⁵ De acuerdo con el tratadista español, quien tiene los bienes, pero carece de la disponibilidad de los mismos no es considerado poseedor, sino un *servidor de la posesión*. Aquí quedarían comprendidos los *tenedores* de los bienes, tales como el que custodia el vehículo del narcotraficante o el conductor del camión de mudanzas que lleva los bienes ilícitos de un lugar a otro porque así le dijo el delincuente. Se incluyen los testaferros que tienen el bien en nombre del verdadero propietario o poseedor, los cuales —al conocer el origen de los bienes— cometen una conducta perfectamente encuadrable en el lavado de activos.⁷⁶ No obstante este asertivo entendimiento del jurista ibérico, cierto sector doctrinario, considera que la posesión abarca también la tenencia física y temporal de los bienes ya lavados, pero sobre los cuales no se ejerce el dominio.⁷⁷ En este punto, conviene tener presente que el art. 2.2. del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA distingue claramente entre posesión y tenencia como términos distintos.⁷⁸

⁷⁴ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Pág. 578.

⁷⁵ En igual sentido, MENDOZA LLAMACPONCCA: “...la posesión supone el ejercicio del poder de dominio sobre los rendimientos económicos obtenidos por el delito fuente, sin que se ostente la titularidad jurídica sobre aquellos”. MENDOZA LLAMACPONCCA, *El delito de lavado de activos*, citado, Pág. 480.

⁷⁶ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, citado Págs. 578-580.

⁷⁷ PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, citado, Pág. 95.

⁷⁸ CICAD-OEA, Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito y Otros Delitos Graves, Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1999. En igual sentido, la ley especial guatemalteca (arts. 2 letra b) y el Código orgánico integral penal ecuatoriano (art. 317) distinguen entre poseer y tener.

4.3.3. Utilizar

Puede entenderse como servirse de un bien. La *ratio* de incriminación de esta conducta es castigar el mero uso del bien, incluso, cuando se trate del mismo delincuente que perpetró el delito originario de los bienes. Aquí no se requiere un cambio de titularidad como acontece con la transmisión o la adquisición, tampoco la mutación o transformación del bien o el encubrimiento efectivo. Sin duda alguna, el campo de aplicación del delito de lavado de dinero, conforme la comisión de esta conducta, se expande de forma exponencial; pues permite castigar casos como el uso del vehículo por parte del delincuente que realizó el asalto, la estancia de una casa de playa que pertenece a un narcotraficante, el motorista que maneja un bus adquirido con dinero de la extorsión y hasta realizar una llamada de un móvil que días anteriores fue sustraído con violencia.

Como podemos advertir en los casos antes citados, pueden quedar comprendidas conductas carentes de lesividad alguna y que son inherentes a las prácticas negociables que día a día realizan los particulares.⁷⁹ Esto es, *conductas neutrales* o *socialmente adecuadas* como recibir dinero —u otro tipo de activos— de procedencia delictiva en forma de pago de bienes o servicios que son ofrecidos en el mercado económico regular. Ahora bien, si tal amenaza de castigo es excesiva o gravosa, puede resultar contraproducente para el orden socioeconómico, pues la necesaria confianza que requiere la actuación del ciudadano en tales ámbitos puede decaer. Lo cual le impondría sobradas cautelas en toda transacción comercial que realice, so pena de no terminar en la cárcel. Obviamente, esto repercutiría en el libre ejercicio de sus derechos fundamentales de participación en el orden económico social y al trabajo.

Pues bien, la constelación de casos que comprenden estos *negocios socialmente adecuados* o *estándar* comprende aquellas actividades económicas que buscan la satisfacción de las necesidades humanas esenciales —alimento, vivienda, ropa, cuidado corporal, cultura, etc.—; los negocios de bagatela o de escasa cuantía y el pago de abogados a fin de que realicen una defensa penal con dinero proveniente de activida-

⁷⁹ DEL CARPIO DELGADO, *Breves comentarios sobre la reforma del 2016 del delito de lavado de activos*, *Actualidad Penal*, n° 32, Febrero, 2017, Págs. 26-27.

des delictivas. En tales situaciones, se han ensayado diversidad de criterios doctrinarios que buscan restringir la aplicación del tipo de lavado en tales casos, sea por razones subjetivas —desconoce que el dinero con el cual se le paga el servicio proviene de un delito— sea por razones objetivas —aplicación de criterios propios de la imputación objetiva, tales como el ámbito de protección de la norma, la teoría de la adecuación social o la prohibición de regreso— y aún, la aplicación directa de criterios constitucionales como acontece con el principio de proporcionalidad.⁸⁰

Se torna imprescindible entonces aplicar ciertos criterios correctores interpretativos para sacar del sistema de justicia penal, situaciones carentes de lesividad en orden a los intereses jurídicos que se intentan proteger mediante el delito de lavado de activos. Uno de ellos, ya lo brinda la misma normativa internacional, al establecer la necesidad de conocer que tales bienes —al momento de su recepción— tienen origen delictivo. En consecuencia, si se adquieren o se usan —desconociendo este extremo subjetivo— no podrían ser castigados.⁸¹ Por otro lado, y siguiendo en este punto a ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, desde el criterio de protección de la norma, solo debieran ser castigadas aquellas conductas que impliquen el uso de bienes de valor económico relevante; por tanto, hechos de escasa importancia —bagatela— no quedarían comprendidos del tipo penal en estudio.⁸²

Una tercera restricción vendría de la mano de una interpretación finalística, como la efectuada por el Tribunal Supremo español, en su importante sentencia 265/2015 con referencia al art. 301.1 CP.⁸³ El tribunal sostuvo en sus considerandos que el código penal español castiga como blanqueo de capitales aquellas

conductas que tienen a incorporar al tráfico legal, los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso del lavado, se puede disfrutar jurídicamente de ellos. En consecuencia, no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitas, sino que se requiere: (a) la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y (b) que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros, las ganancias obtenidas.⁸⁴

En este sentido, las conductas de adquirir, poseer o utilizar solo serán subsumibles dentro del tipo penal de blanqueo cuando estén presididas por la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los autores del delito a eludir las consecuencias de sus actos. En consecuencia, no quedarían comprendidos casos como el del joven que utiliza la piscina de un amigo, la posesión de un cuadro o una joya por el mismo que los ha robado o la utilización de un vehículo automotor por el mismo que lo ha sustraído. De forma distinta, sí se reconocen tales fines cuando se compran vehículos puestos a nombres de terceros, pues la utilización de testafierros implica una intención de encubrir bienes, lo mismo acontece con los gastos de inversión —adquisición de negocios o empresas, de acciones o títulos financieros que pueden ser revendidos, etc.—, pues a través de ellos se pretende rentabilizar las ganancias obtenidas.⁸⁵

Muy en sintonía con lo anterior, el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Peruano N° 3-2010/CJ-116, de 16 de noviembre de 2010, afirmó en su punto n° 26:

...la función del lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De ahí que el abogado, el médico, los familiares

⁸⁰ BLANCO CORDERO, I., *Negocios socialmente adecuados*, citado, Pág. 273-283.

⁸¹ UNODC, *Guía legislativa*, citado, Pág. 49. Sostiene claramente el referido documento en su párrafo 137: “Los elementos mentales son los mismos que en el caso del delito tipificado en el artículo 6 1) a) ii): debe existir la intención de adquirir, poseer o utilizar, y el acusado debe tener conocimiento, en el momento del acto, de que los bienes son producto del delito. No se requiere que el acto tenga un fin particular”.

⁸² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, citado, Pág. 248. Sostiene este autor: “[I]a amplitud de la conducta típica del delito de blanqueo parece apoyar una respuesta afirmativa, por ello, y para evitar tan pernicioso entendimiento de la letra de la Ley, proponemos una reducción teleológica del ámbito del delito acorde con el principio de insignificancia, que excluya la tipicidad cuando el objeto material, los bienes, no tengan una cuantía relevante”.

⁸³ STS de 29 de abril de 2015, ref. 265/2015.

⁸⁴ *Ibidem*, fundamento 10°.

⁸⁵ *Ibidem*. Esta línea jurisprudencial es seguida en otros precedentes del TSE español. Así en la sentencia de 29 de abril de 2020 —STS 813/2020— se sostuvo: “...no bastaría con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y también a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas”.

Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos

dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos que corresponden al ciclo de lavado de activos.⁸⁶

Sin duda, es de reconocer estos importantes esfuerzos jurisprudenciales que buscan acotar, desde criterios interpretativos teleológicos, los alcances desmesurados que puedan tener las conductas analizadas. Y esta es la ruta a seguir mientras no exista un pronunciamiento expreso del legislador que solvete tales situaciones —estableciendo un monto monetario mínimo que pueda considerarse idóneo para afectar el sistema financiero (exceptuándose los casos de *smurfing*) o una “cláusula de salvaguarda” respecto del ejercicio correcto de la abogacía, por ejemplo—.

4.4 Otro grupo de conductas no comprendidas en los convenios internacionales: invertir, administrar, custodiar o asegurar y transportar

Algunos ordenamientos latinoamericanos regulan conductas adicionales a las que se estipulan en la normativa internacional, pero que bien pudieran quedar comprendidas en las genéricas conductas de transformación, posesión o utilización.⁸⁷ Sin embargo, y quizás para evitar aparentes lagunas de impunidad, en varios países, el legislador decidió enunciarlas expresamente en la norma penal. Tales son las conductas de inversión,⁸⁸ administración,⁸⁹ custodia o asegura-

miento⁹⁰ y transporte,⁹¹ entre las más utilizadas. Veamos cada una a detalle:

4.4.1. Invertir

En su sentido gramatical invertir puede ser entendido como “emplear” o “colocar un caudal” de acuerdo con el *Diccionario de la RAE*. Dentro de las fases del blanqueo esta figura implica la colocación, como también, la integración dentro del circuito económico. En el tema en estudio, significa dirigir dinero o bienes para la obtención de rendimientos futuros. Esto puede ser mediante la compra de bonos o acciones o el depósito bancario a plazo. También puede constituirse en la dotación de recursos a empresas, compra de maquinaria e insumos, etc. Por otro lado, la inversión puede considerarse una forma de conversión, es decir, como una de las conductas más representativas de lo que es el lavado de activos. Generalmente, la inversión dará lugar al denominado “producto indirecto” que son los frutos o ganancias derivadas del producto originario del delito. Al respecto, el jurista colombiano PELÁEZ MEJÍA nos brinda excelente ejemplo de este verbo típico: un narcotraficante entrega el dinero obtenido del tráfico de estupefacientes a un megaproyecto de construcción de un centro comercial. Se trata de una inversión de capital que realiza con el fin de obtener una mayor rentabilidad de la misma.⁹²

4.4.2. Administrar

Puede ser entendido como una forma de organización y distribución de los bienes o recursos puestos a la disposición de alguien. Con relación al lavado de activos, se intenta castigar toda aquella gestión de

⁸⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PERÚ, Acuerdo del Pleno Jurisdiccional Peruano N° 3-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010, punto 26.

⁸⁷ Como apuntan RUIZ LÓPEZ y otros, todas ellas constituyen ejemplos de posesión —resguardar, transportar, almacenar, conservar, custodiar— o utilizar —invertir, transformar, administrar—. *Vid.* RUIZ LÓPEZ *et al*, *El lavado de activos en Colombia*, citado, Pág. 123.

⁸⁸ *Vid.* arts. 2 letra a) de la Ley especial guatemalteca (Decreto 67-2001), 439 del Código penal hondureño (Decreto 130-2017), 400 Bis del Código penal federal mexicano y 323 del Código penal colombiano (Ley 99 de 2000).

⁸⁹ *Vid.* arts. 400 Bis del Código penal federal mexicano, 323 del Código penal colombiano (Ley 99 de 2000), 303.1 del Código penal argentino, 317 del Código orgánico integral penal ecuatoriano, 2 del Decreto Legislativo n° 1106 de Perú, 282 letra d) del Cód-

igo penal nicaragüense, 439 del Código penal hondureño (Decreto 130-2017) y 2 letra b) de la Ley especial guatemalteca.

⁹⁰ *Vid.* Arts. 439 del Código Penal de Honduras (Decreto 130-2017), 282 letra a) del Código penal nicaragüense, 2 del Decreto legislativo n° 1106 de Perú, 317 del Código orgánico integral penal ecuatoriano, 323 del Código penal colombiano (Ley 99 de 2000) y 400 Bis. del Código penal federal mexicano.

⁹¹ *Vid.* Arts. 439 del Código Penal de Honduras (Decreto 130-2017), art. 8-A de la Ley especial salvadoreña, 3 del Decreto legislativo n° 1106 de Perú, 317 del Código orgánico integral penal ecuatoriano, 323 del Código penal colombiano (Ley 99 de 2000) y 400 Bis. del Código penal federal mexicano.

⁹² PELÁEZ MEJÍA, J., “Reglas de imputación del delito de blanqueo de capitales en España. Aportes para la atribución del delito de Lavado de Activos en Colombia”. En: PELÁEZ MEJÍA J.(Coord.), *Crimen organizado, corrupción y terrorismo*, Edit. Ibañez, Bogotá, 2017, Pág. 86.

recursos de origen maculado que pueda servir para la consecución de metas o finalidades propuestas por un delincuente o una organización criminal. En tal sentido, y siguiendo a PRADO SALDARRIAGA, quien realiza este comportamiento dirige formalmente el destino de los bienes, pero no tiene dominio propio y pleno sobre los mismos que son propiedad de terceros.⁹³ Se trata del caso típico del testafarro. Los fines a los cuales puede ir encaminada la gestión de los recursos pueden tener un carácter aparentemente lícito —inyección de recursos a una empresa— o ilícito, compra de armas y entrega de “coimas” a funcionarios y servidores públicos. Para el doctrinario peruano MENDOZA LLAMACPONCCA quedan comprendidas las actividades de gerenciamiento que típicamente realizan los ya mencionados testafarros, como también los mandatarios, agentes fiduciarios o los proveedores de servicios financieros en los paraísos fiscales.⁹⁴

4.4.3. Custodiar, asegurar o guardar.

Los términos hacen referencia al cuidado de los bienes sin que implique necesariamente su administración. La custodia tiene como finalidad que nadie ajeno al blanqueador conozca sobre la existencia de los bienes o alguna característica que permita su detección. Además de ello, se comprenden todas aquellas conductas dirigidas a conservar o mantener la indemnidad de los bienes evitando su pérdida física o la merma de su valor.⁹⁵ Verdaderamente, estamos en presencia de formas de favorecimiento real que pudieran resultar comprendidas dentro del ámbito del ocultamiento o la simulación. En el caso de la guarda, PRADO SALDARRIAGA sostiene que realmente son actos de tenencia que no necesariamente implican ocultamiento.⁹⁶

4.4.4. Transportar

Es una conducta expresamente señalada en el art. 2.1. del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA y suele ser

entendida como llevar algo o alguien de un lugar a otro.⁹⁷ Esta conducta no solo suele ser aplicable al blanqueo sino a otros delitos como el tráfico de drogas, la trata de personas o el tráfico de migrantes. Un sinónimo del mismo es el término traslado.⁹⁸ En el ámbito del blanqueo, puede constituirse en el traslado de activos —dinero, títulos al portador, metales preciosos, joyas, etc.— dentro o fuera de las fronteras de un país, utilizando cualquier medio y con el fin de llevar los mismos hacia un sitio determinado. La casuística indica que esta modalidad suele darse en los aeropuertos o cruces fronterizos en los que las personas llevan escondido el dinero en equipajes y aún adheridos a sus cuerpos o ingeridos en cápsulas.⁹⁹ El transporte suele implicar generalmente la posesión de los bienes maculados, por lo que esta última conducta se constituye siempre una figura residual.

Debe tenerse en cuenta que esta conducta suele castigarse de forma penalmente autónoma como trasiego de capitales en algunos países,¹⁰⁰ los cuales imponen la obligación a su entrada de declarar cantidades usualmente mayores a los diez mil dólares. Ahora bien, en los países en que se regula específicamente, más que constituirse en una infracción penal de naturaleza activa —poseer— se trata de una conducta omisiva consistente en no declarar o declarar de forma inexacta el dinero con el que se ingresa a un país. Y ello, bajo el entendido de que el Estado debe conocer la cantidad de dinero con la que una persona ingresa a un país y si ello puede tener relevancia con relación a los controles preventivos al lavado de activos o al fraude fiscal.

5. Conclusiones

La característica esencial del derecho penal de un Estado social y democrático de derecho, es que se responda por la realización de comportamientos socialmente nocivos, los cuales deben encontrarse plasmados en la ley penal de forma clara, previa, precisa y como resultado de un debate genuinamente democrá-

⁹³ PRADO SALDARRIAGA, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019, Pág. 95.

⁹⁴ MENDOZA LLAMACPONCCA, *El delito de lavado de activos*, Edit. Instituto Pacífico, Lima, 2019, Pág. 481.

⁹⁵ CARO CORIA, *Sobre el tipo básico del lavado de activos*, citado, Pág. 200.

⁹⁶ PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, citado, Pág. 95.

⁹⁷ HERNÁNDEZ QUINTERO, H., *El delito de lavado de activos*, 4ª edición, Edit. Ibañez, Bogotá, 2017, Pág. 132.

⁹⁸ El art. 282 del Código penal nicaragüense (Ley 641) utiliza el término “traslado”. De forma distinta, el art. 439 del Código penal hondureño distingue entre transporte y traslado.

⁹⁹ Cfr. MENDOZA LLAMACPONCCA, *El delito de lavado de activos*, cit., Pág. 485.

¹⁰⁰ Vid. PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, citado, Págs. 97 y ss.

Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos

tico por parte de un parlamento. Cómo señaló en su momento BUSTOS RAMÍREZ, el Estado debe tener límites claros en su intervención sobre el ciudadano, y el contenido de esos actos de intervención tiene que estar suficientemente detallado y especificado. En contrapartida, el ciudadano ha de tener la posibilidad real de conocer con toda claridad el contenido de esos actos como también el fundamento de ellos.¹⁰¹ En tal sentido, y como desde hace muchos años ROXIN lo había puesto de manifiesto, el principio de legalidad se traduce en la necesaria tipicidad de los comportamientos como una condición necesaria para su castigo penal.¹⁰² De ahí que solo en un derecho penal que se predique verdaderamente de acto, cobra especial relieve la descripción de conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Sin embargo, el cumplimiento del mandato de certeza de las prescripciones sancionatorias puede resultar difícil debido a la compleja naturaleza que pueden revestir diversas formas de criminalidad como acontece con el lavado de dinero. En este caso, el legislador puede decantarse por el uso de términos omnicomprendivos como los desarrollados en las convenciones internacionales o apelar a una casuística sumamente exagerada que intente evitar zonas de impunidad.¹⁰³ La búsqueda de un razonable equilibrio entre estos extremos le es exigible al legislador.

Lo que sí debe ser rechazado es el uso de aquellas fórmulas residuales como “cualquier conducta parecida a las anteriores” o “cualquier conducta similar”. Tales frases deben reputarse totalmente contrarias a nuestros textos constitucionales. Ilustrativa es, en este sentido, la sentencia pronunciada por la Corte Constitucional colombiana el 20 de abril de 2016 —C-191/2016— con relación al término “cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito” contenido en el art. 323 de su Código penal que regula el delito de lavado de activos. Sobre ello, la referida corporación consideró que esta frase genera

... un margen inaceptable de discrecionalidad en el operador jurídico el que, a más de los modos verbales descritos por el legislador, podría imputar responsabilidad por cualquier otra acción que considere que busca ocultar el origen de los bienes. De esta forma, sería el operador jurídico el que decidiría respecto de la tipicidad de un comportamiento, no el legislador, lo que sería inaceptable.¹⁰⁴

Ahora bien, a la ya evidente tensión entre la necesaria taxatividad que deben poseer las prohibiciones penales y la eficacia en el combate al poder económico derivado de actividades criminales rentables, se adiciona la cuestión de las sofisticadas prácticas de ingeniería financiera que —en muchos casos— pueden dejar desfasada cualquier regulación legal. En este punto, el estudio de las diversas tipologías proporcionadas por organismos internacionales o por las entidades académicas, pueden ser un buen inicio para repensar continuamente acerca de cuál debe ser la técnica más correcta de redacción en esta materia, en procura de hacer los ajustes legales que sean necesarios para contrarrestar adecuadamente a quienes ven en el delito una forma de “emprendimiento empresarial”.

En el caso del lavado de activos, la necesaria precisión de las conductas punibles se relaciona con las diferentes fases del proceso delictivo, la finalidad que persigue el blanqueador y los bienes jurídico-penales que resultan protegidos, esto es, el orden socioeconómico y la administración de justicia.¹⁰⁵ De ahí que, en primera aproximación, podemos afirmar que los comportamientos típicos pueden agruparse en círculos concéntricos, esto es, conductas nucleares y complementarias —estas últimas de segundo y tercer nivel—.¹⁰⁶ Dentro de las primeras se encuentran las diferentes maniobras de encubrimiento o simulación, así como las conductas encaminadas a ello como la conversión o la transferencia. En un segundo nivel, podríamos ubicar a la adquisición —siempre y cuando no sea parte de un esquema de reciclaje de bienes—, la posesión, la utilización y

¹⁰¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, Pág. 59.

¹⁰² ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, F., 2^o edición, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, Pág. 19.

¹⁰³ Ejemplo de las fórmulas un tanto escuetas, véase la redacción utilizada en el art. 648 Bis. del Código penal italiano. Y ejemplo de las más extensas, los arts. 282 del Código penal nicaragüense, 439 del Código penal hondureño, 254 del Código penal de Panamá y 400 Bis del Código penal federal mexicano.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia de 2 de abril de 2016, ref. C-191/2016.

¹⁰⁵ ABEL SOUTO, M., *El delito de blanqueo*, citado, Pág. 83.

¹⁰⁶ A las conductas complementarias, PRADO SALDARRIAGA las denomina “periféricas”, aunque se refiere a las que en nuestro caso ubicamos en el tercer nivel. Al respecto, *Vid. Lavado de activos y organizaciones criminales*, citado, Pág. 157.

el transporte. Su castigo, bien podría implicar una penalidad menor o la utilización de consecuencias jurídicas distintas a la pena privativa de libertad, como el comiso ampliado europeo o la extinción de dominio latinoamericana. El tema de los incrementos patrimoniales sin justa causa y que no pueden relacionarse con la comisión de un delito antecedente discurre por estas últimas vías.

Luego, existiría un tercer nivel, en el que se encuentran comprendidas aquellas conductas de mera actividad y de omisión simple que se relacionan con la infracción de los deberes de prevención que ostentan los sujetos obligados o las entidades supervisoras. Al respecto, algunos países castigan expresamente la omisión, la inexactitud o el retardo de la información a las unidades de inteligencia financiera, al ministerio público fiscal o a la jurisdicción penal en su caso.¹⁰⁷ Lo relevante de este ámbito, es que tales prescripciones pueden quedar dentro del ámbito administrativo sancionador, el cual puede resultar mucho más eficaz que el penal.

6. Bibliografía

- ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Servicio de Publicaciones, Universidad Santiago de Compostela, 2002.
- , *El delito de blanqueo en el código penal español*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005.
- , *La expansión iberoamericana del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015*.
- , *La reforma penal, de 22 de junio de 2010*, en materia de blanqueo de dinero, II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS F., *La prevención del blanqueo de capitales*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4º edición, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- , “Negocios socialmente adecuados y blanqueo de capitales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. L, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Edit. Ariel, Barcelona, 1989.
- CARO CORIA, D., “Sobre el tipo básico de lavado de activos”, *Anuario de Derecho penal*, n° 2, Lima, 2012.
- CICAD-OEA, *Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito y Otros Delitos Graves*, Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1999.
- CHOCLÁN MONTALVO, J., *La organización criminal, tratamiento penal y procesal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000.
- DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, s/f.
- , “Breves comentarios sobre la reforma del 2016 del delito de lavado de activos”, *Actualidad Penal*, n° 32, Lima, 2017.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas”, en: *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, 2º edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Edit. Colex, Madrid, 1988.
- GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado de activos*, 2º edición, Edit. B de F, Montevideo, 2016.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, H., *El lavado de activos*, 4º edición, Edit. Ibañez, Bogotá, 2017.
- LOMBARDERO EXPOSITO, L., *Blanqueo de capitales*, Edit. Bosch, Barcelona, 2009.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *El delito de lavado de activos*, Edit. Instituto Pacífico, Lima, 2017.
- PALMA HERRERA, J., *El delito de blanqueo de capitales*, Edit. Edersa, Madrid, 2000.
- PELÁEZ MEJÍA, J., “Reglas de imputación del delito de blanqueo de capitales en España. Aportes para la atribución del delito del Lavado de Activos en Colombia”. En: PELÁEZ MEJÍA, J. (Coord.), *Crimen organizado, corrupción y terrorismo*, Edit. Ibañez, Bogotá, 2017.

¹⁰⁷ Conductas expresamente reguladas en los arts. 5 y 6 del Decreto Legislativo n° 1106 de Perú y en el art. 325 del Código penal colombiano (Ley 99 de 2000).

Fases y conductas típicas del delito de lavado de activos

- PRADO SALDARRIAGA, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019.
- , *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Edit. Grijley, Lima, 2007.
- PRIETO DEL PINO, A./GARCÍA MAGNA, D./MARTÍN PARDO, A. “La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”, *Revista Indret*, n° 3/2010, Págs. 1-33, Barcelona, 2010.
- ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, F., 2° edición, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- RUÍZ LÓPEZ, C., *et al, El lavado de activos en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020.
- TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal económico*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2010,
- UNDOC, *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, Viena.
- WINTER ETCHEBERRY, J., “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”; en: AMBOS K./CARO CORIA, D./MALARINO, E. (Coords.), *Lavado de activos y compliance*, 1° edición, Jurista Editores, Lima, 2015, Págs. 98-104.
- ZUÑIGA, RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal*, Edit. Comares, Granada, 2009.

Doble conforme. Mecanismos para asegurar su plena observancia en el régimen recursivo mexicano

Javier Gómez Cervantes

Universidad de Guanajuato
Poder Judicial del Estado de Guanajuato
Correo: javiergomex@gmail.com

RESUMEN: La doble conformidad judicial ha sido desarrollada por la jurisprudencia interamericana como una garantía que exige invariablemente que el proceso penal culmine con dos fallos sucesivos de carácter condenatorio, en el entendido que también requiere ser observada cuando se dicte una sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia respecto a un acusado originalmente absuelto, razones por las cuales debe existir un recurso ordinario contra dicha resolución de alzada. Sin embargo en nuestro país, la legislación no ha provisto un recurso ordinario para este tipo de casos, lo que origina que al revocarse una sentencia absolutoria se culmine el proceso con un solo fallo de condena. Por las anteriores razones, el presente trabajo de investigación se centrará en la necesidad de que en nuestro contexto jurídico se establezcan mecanismos que aseguren la plena vigencia de este derecho humano.

PALABRAS CLAVE: doble conforme, tutela judicial efectiva, impugnación, sentencia absolutoria, derechos humanos.

ABSTRACT: The double judicial conformity has been developed by inter-American jurisprudence as a guarantee that invariably requires that the criminal proceeding culminate with two successive judgments of a condemnatory nature, in the understanding that it also requires to be observed when a conviction is handed down for the first time in second instance, with respect to a defendant originally acquitted, reasons for which there must be an ordinary appeal against said appeal decision. However, in our country, the legislation has not provided an ordinary remedy for this type of case, which means that when an acquittal is revoked, the process ends with a single conviction. For the above reasons, this research work will focus on the need for mechanisms to be established in our legal context to ensure the full validity of this human right.

KEYWORDS: double agreement, effective judicial protection, challenge, acquittal, human rights.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho humano a la revisión de la sentencia. 3. Impugnación de sentencias absolutorias. 4. Necesidad de diferenciar el recurso contra sentencia de condena y de absolución. 5. Toma de postura de la Corte Interamericana respecto a la impugnación del fallo absolutorio. 6. Toma de postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la impugnación de la sentencia absolutoria. 7. ¿Constituye el amparo un recurso ordinario contra la sentencia de condena? 8. La tensión entre el derecho del acusado y del acusador. 9. Armonización de nuestro sistema recursivo con la jurisprudencia interamericana. 10. El CNPP y el doble conforme. 11. A modo de conclusión. 12. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

El derecho humano, previsto en los artículos 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), asume características muy particulares que no se presentan en los medios de impugnación en otras materias e incluso en los recursos contra fallos interlocutorios en la propia materia penal. Lo anterior, en el entendido que este derecho surge exclusivamente en torno a la sentencia y tan solo opera en favor del acusado, lo cual precisa un segundo examen sobre el fallo condenatorio y la pena impuesta a efectuarse por un tribunal de mayor jerarquía orgánica, tratándose de un recurso de carácter ordinario, amplio, sencillo y efectivo.

Este derecho humano denominado doble conforme, doble conformidad judicial, doble instancia o pluralidad de instancias, ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el sentido de que, para su observancia, el sentenciado debe haber sido condenado necesariamente en forma sucesiva por dos tribunales de distinta jerarquía orgánica, lo que es igualmente exigible cuando se dicte una sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia respecto a quien había sido originalmente absuelto, de manera que necesariamente debe existir un recurso ordinario —no extraordinario— contra dicha decisión de la alzada.

El caso *Mohamed vs Argentina*,¹ donde se consignaron los alcances de la doble conformidad en los supuestos de impugnación de sentencias absolutorias, significó un verdadero revulsivo en varios países regidos bajo el sistema interamericano de derechos humanos, los cuales han emprendido esfuerzos tendientes a

garantizar la doble conformidad en los casos de condena al originalmente absuelto, dado que la tradición jurídica imperante antes de dicho fallo no precisaba la necesidad de contar con un recurso ordinario contra las resoluciones dictadas por la alzada, al tratarse del tribunal de mayor jerarquía orgánica existente.

El fallo en mención también significó un referente indiscutible para patentizar las diferencias estructurales existentes entre la impugnación del acusado respecto a la sentencia de condena y el recurso del fiscal en contra de la sentencia absolutoria, ya que a pesar de tratarse de institutos similares con objetivos comunes, se trata de dos prerrogativas autónomas que involucran derechos de distinta naturaleza y no se encuentran en el mismo plano de igualdad, existiendo la necesidad de realizar un tratamiento diferenciado en torno al particular, en el entendido de que la última oportunidad para recurrir la sentencia debe otorgarse en favor de quien resulta condenado y no del órgano acusador.

Sin embargo, en nuestro contexto jurídico la sentencia absolutoria es susceptible de revocación mediante el recurso de apelación, como ha precisado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), razón por la cual en estos casos el proceso culmina con una sola sentencia condenatoria dictada por la alzada. De esta forma, al no existir recurso ordinario ulterior contra dicho fallo, nuestro sistema recursivo se encuentra alejado de la jurisprudencia interamericana.

Por ello, el presente trabajo de investigación analizará la distinta naturaleza y fundamento de la impugnación contra los fallos de condena y absolución, las tensiones surgidas en torno a ambas clases de recursos y las soluciones adoptadas en otros países a efecto de sincronizar su sistema recursivo con la jurisprudencia interamericana, lo que puede servir como referente para que en un futuro se adopten en nuestro país me-

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mohamed vs. Argentina*, 23 de noviembre de 2012.

canismos tendientes a garantizar plenamente la doble conformidad judicial, ya que de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional como sucedió en el caso argentino.

2. El derecho humano a la revisión de la sentencia

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) no se prevé expresamente el derecho del acusado a recurrir la sentencia. La única alusión sobre el particular la encontramos en el artículo 23, en el sentido de que ningún juicio penal tendrá más de tres instancias.

El fundamento del derecho a la revisión íntegra del fallo condenatorio es de índole convencional y se encuentra contenido en los artículos 14.5 del PIDCP y 8.2 h) de la CADH, de los que se desprende que una de las garantías mínimas para la satisfacción del debido proceso en materia penal es el derecho que le asiste al acusado de recurrir la sentencia de condena que se dicta en su contra. El primero de los dispositivos convencionales precisa: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Mientras que el segundo estatuye:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Adviértase cómo en estos dos tratados internacionales se establece que la protección de este derecho es inherente al acusado en un proceso penal y que la materia del recurso no es cualquier resolución sino una sentencia. Además, se establece que la materia de revisión es un fallo de carácter condenatorio y que comprende además la pena, por lo que el recurso contra la sentencia absolutoria e incluso la impugnación de otro tipo de resoluciones no encontrarían su fundamento en tales dispositivos convencionales.

En este sentido, la Corte IDH ha sido enfática en cuanto a que se trata de una prerrogativa propia del acusado y respecto a la sentencia de condena. Dentro

de las resoluciones más emblemáticas en este sentido, destaca el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica,² donde se sostuvo que esta garantía permite que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, con lo que se busca proteger el derecho de defensa y evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores.

Lo que se reitera en otros fallos, como el caso Mohamed vs Argentina,³ donde el alto tribunal interamericano interpreta que el artículo 8.2 de la CADH contempla la protección de garantías mínimas a favor de la persona inculpada de delito y que el inciso h) se refiere a la garantía de quien es sometido a una investigación y proceso penal, por lo que el derecho a recurrir el fallo es alusivo a aquel que es condenado, cuestión que la Corte IDH refrenda en otros fallos,⁴ al establecerse que esta prerrogativa alude a la sentencia de condena y protege el derecho de defensa, sin que el alto tribunal interamericano se hubiese pronunciado en torno a que el mencionado derecho humano pueda considerarse el fundamento para recurrir un fallo absolutorio, máxime que no en todos los sistemas jurídicos es posible impugnar esta clase de fallos.

3. Impugnación de sentencias absolutorias

No en todos los sistemas jurídicos existe la posibilidad de que el órgano acusador se inconforme respecto a un fallo de carácter absolutorio. MAIER⁵ precisa que ello se debe a que en el derecho anglosajón, a diferencia del contexto europeo continental, existe una interpretación mucho más restringida del principio de *ne bis in idem*, de tal suerte que ello no permite la impugnación de sentencias absolutorias, además de que en el *common law*, el recurso es concebido como una garantía procesal propia del acusado frente al poder

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2 de julio de 2004, fundamento jurídico 158.

³ Fundamentos jurídicos 91 y 92.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Liakat Ali Ali-bux Vs. Surinam, 30 de enero de 2014, fundamentos jurídicos 84 y 85. Norin Catrimán y otros vs Chile, 29 de mayo de 2014, fundamento jurídico 270.

⁵ MAIER, J., “La Impugnación del acusado: ¿un caso de *ne bis in idem*?” *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencia, número 12*, 1996, disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ggQ1p5xt-5EJ:https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3925/3195/&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>, [consultado 23 de abril de 2022]

Doble conforme. Mecanismos para asegurar su plena observancia en el régimen recursivo mexicano

del Estado, mientras que las codificaciones europeas lo han apreciado como un remedio contra fallos injustos, independientemente de quién de los intervinientes, acusador o acusado, sea el impugnante, ante el carácter bilateral que se le ha asignado.

Por estas razones, se aludirá a distintos contextos jurídicos en cuanto al tratamiento de este particular.

a) *Estados Unidos*

La Quinta Enmienda de la Constitución establece que ninguna persona podrá ser puesta en peligro de perder la vida o la integridad física dos veces por el mismo delito, con lo que se establece la cláusula conocida como *Double Jeopardy*, uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema de justicia penal, en el sentido de prohibir la persecución perpetua en contra de una misma persona por un mismo hecho delictivo.⁶

Esta cláusula del doble riesgo, puede ser aplicada en aquellos supuestos en los cuáles la persona no puede ser juzgada nuevamente después de ser absuelta, por ejemplo, cuando aparecen nuevas pruebas en las cuáles fincar la responsabilidad penal, como sucedió con el caso de Melvin Ignatow, juzgado por el asesinato de su exnovia, Brenda Sue Schaefer, en donde fue absuelto del cargo y posteriormente admitió haber matado a Schaefer, supuesto en el que precisamente se aplicó la cláusula de prohibición de doble riesgo.⁷

Sin embargo, el *Double Jeopardy* en Estados Unidos también implica que una sentencia absolutoria no pueda ser apelada, independientemente de qué tan errónea pudo haber sido, porque se prohíbe el enjuiciamiento posterior en cualquier aspecto del cargo y, por lo tanto, la revisión de apelación del error del tribunal.⁸

WESTEN⁹ nos ilustra, en el sentido de que la cláusula del doble riesgo protege diferentes valores, tratándose de:

- 1.- La integridad de los veredictos del jurado de no culpable.
- 2.- La administración legal de las sentencias prescritas.
- 3.- El interés en la firmeza de los fallos.

La finalidad de establecer una disposición de esta naturaleza es evitar que el Estado, con todos sus recursos y poderes, abuse de su autoridad y hostigue a un ciudadano con múltiples procedimientos e intente conseguir que se decreta su responsabilidad por la comisión de una misma conducta delictiva, lo que puede resultar más gravoso que la propia comisión de un delito. Además, se previene con ello la posibilidad de que un ciudadano pueda estar inseguro y con la incertidumbre de que pueda ser encontrado culpable aun siendo inocente.¹⁰

b) *Puerto Rico*

En este país el fiscal tampoco tiene la posibilidad de apelar el fallo de absolución que se dicta en una sentencia, dado que la sección 11 del artículo II de la Carta de Derechos de la Constitución del Estado Libre asociado de Puerto Rico dispone: “nadie será puesto en riesgo de ser castigado dos veces por el mismo delito”.

Esta expresión, de acuerdo a GARCÍA¹¹ comprende no únicamente el no ser castigado dos veces por la misma falta, sino también expuesto al riesgo de doble castigo. No obstante, la cláusula denominada doble exposición encuentra algunas excepciones, pues como lo precisa CHIESA,¹² se niega la protec-

⁶ ALLEN, R. / FERRAL, B. / RATNASWAMY, J., “The Double Jeopardy Clause, Constitutional Interpretation and the limits of formal logic”. *ValpoScholar, Valparaiso University Law*, volumen 26 número 1, 1991. Disponible en <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2138&context=volul#:~:text=Like%20much%20of%20the%20Bill,provisions%20in%20the%20first%20ten.> [consultado 28 de mayo de 2022]

⁷ Supreme Court of Kentucky, *Ignatow v. Ryan*, 2001. Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/ky-supreme-court/1338247.html>, [consultado el 13 de octubre de 2022]

⁸ U.S. Supreme Court, *Sanabria v. United States*. 1978. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/54/> [consultado el 14 de octubre de 2022]

⁹ WESTEN, P., “The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences” *Michigan Law Review*, número 7 volumen 78, 1980. Disponible en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3781&context=mlr>, [consultado 14 de septiembre de 2022]

¹⁰ U.S. Supreme Court, *Green v. United States*, 1957. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/184/> [consultado el 23 de agosto de 2022]

¹¹ GARCÍA, E., “Apuntes sobre el sistema recursivo en Puerto Rico”. En *Compendio sobre el Sistema Penal Acusatorio: Experiencias Compartidas* (pp. 307-320). Publicaciones Gaviota, Cayey, Puerto Rico, 2019.

¹² CHIESA, E., “Derecho Procesal Penal. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 88 número 1, 2019.

ción constitucional en el caso de que la sentencia absolutoria fuera obtenida mediante fraude, al haberse sobornado al juez para que decretara la mencionada absolución.

Esta protección constitucional, de acuerdo al Tribunal Constitucional de Puerto Rico,¹³ procede según cuatro posibilidades distintas:

- 1.- Contra la ulterior exposición tras la absolución de la persona por la misma ofensa;
- 2.- Contra la ulterior exposición tras la convicción por la misma ofensa;
- 3.- Contra la ulterior exposición tras la exposición anterior por la misma ofensa porque comenzó el juicio, aunque no culminó en la absolución ni en la convicción; y
- 4.- Contra los castigos múltiples por la misma ofensa.

c) España

Contrario a lo que sucede en Estados Unidos y Puerto Rico, en este país es posible la impugnación de una sentencia absolutoria. Sin embargo, depende del vicio alegado que la resolución puede asumir diversas respuestas.¹⁴

El Tribunal Constitucional Español (TCE), antes de la sentencia 167/2002,¹⁵ precisaba plenas facultades al tribunal de apelación para resolver cuantas cuestiones se plantearan, tanto de hecho como de derecho y, en consecuencia, en segunda instancia se podían valorar las pruebas practicadas en la primera instancia y corregir su ponderación.

No obstante, dicho fallo rompió con esa línea interpretativa y estableció que en los casos de sentencias absolutorias, la impugnación debería tener una concepción más limitada que en los casos en los cuales impugnaba el sentenciado, de manera que se redujo la materia de aquello susceptible de revisión, con el fin

¹³ Tribunal Constitucional de Puerto Rico, Caso CC-2014-630 Puerto Rico vs. Giovanni Toro Martínez, 2018. Disponible en: <https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2018/12/2018tspr145.pdf>, [Consultado el 15 de septiembre de 2022]

¹⁴ VELASCO, E, "Sobre la impugnación de sentencias absolutorias", 2020. Disponible en: <https://confilegal.com/20201014-sobre-la-apelacion-de-sentencias-absolutorias/> [Consultado: 21 de agosto de 2021]

¹⁵ Tribunal Constitucional de España, sentencia 167/2002 de 18 de septiembre de 2002. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4703>. [Consultado: 13 de septiembre de 2022]

de defender los principios de inmediación, contradicción y defensa respecto a la prueba desahogada que, de acuerdo con el TCE, era exclusivo de la primera instancia, por lo cual se adujo que la conclusión de los hechos probados, determinada en primera instancia, no podría ser modificada en vía de recurso, como además se ha determinado en resoluciones posteriores.¹⁶

Posteriormente,¹⁷ se precisó que en segunda instancia no cabía la posibilidad de revocar una sentencia absolutoria, excepto cuando las cuestiones susceptibles de revisión fueran de contenido jurídico, por lo que en este caso se asumió que el tribunal de segunda instancia estaba facultado para revisar consideraciones relativas a errores de subsunción.

De acuerdo a VELASCO,¹⁸ cuando se estime un razonamiento arbitrario, ilógico, irrazonable, absurdo o incoherente puede llegar a alegarse la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y generar la anulación y devolución al tribunal de donde provenga la sentencia recurrida para que este lleve a cabo una nueva redacción de la misma, o en su caso, para que celebre un nuevo juicio.

d) México

Siguiendo la tradición jurídica europea continental, en el contexto nacional las codificaciones procesales penales han establecido desde antaño la posibilidad de que el Ministerio Público pueda recurrir la absolución como establecía el Código Federal de Procedimientos Penales vigente durante el sistema inquisitivo mixto, en su artículo 367 fracción I, con algunas excepciones.

El sistema acusatorio ha seguido la misma tendencia, ya que de acuerdo al Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) el Ministerio Público o incluso la víctima pueden recurrir la sentencia absolutoria, conforme al artículo 456 que establece que el derecho a recurrir corresponderá a quien le sea expresamente otorgado y pueda resultar afectado por la resolución, mientras que el diverso artículo 459 es-

¹⁶ Tribunal Constitucional de España, sentencia 272/2005, de 24 de octubre, fundamento jurídico segundo. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/ptR/Resolucion/Show/SENTENCIA/2005/272>, [Consultado 16 de septiembre de 2022]

¹⁷ Tribunal Constitucional de España, sentencia 45/2011 de 11 de abril, fundamento jurídico tercero Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6827>. [Consultado: 20 de diciembre de 2021.

¹⁸ VELASCO, E, *op cit*.

Doble conforme. Mecanismos para asegurar su plena observancia en el régimen recursivo mexicano

tatuye el derecho de la víctima u ofendido, aunque no se haya constituido como coadyuvante para impugnar por sí o a través del Ministerio Público las resoluciones que versen sobre la reparación del daño cuando hubiere resultado perjudicado por la misma, las que pongan fin al proceso y las que se produzcan en la audiencia de juicio, en los casos en que hubiere participado en ella.

4. Necesidad de diferenciar el recurso contra sentencia de condena y de absolución

En nuestro contexto la sentencia puede ser recurrida tanto en favor de los intereses del acusado como de la persecución penal y a pesar de que ambas impugnaciones persigan objetivos comunes; esto es, revertir un fallo que no se ajuste a derecho, la naturaleza de ambas clases de recursos es divergente; se trata de dos prerrogativas autónomas que ameritan un tratamiento diferenciado, lo que hace que este tipo de impugnación sea muy especial en cuanto a determinar cuál de las partes debe tener la calidad de último impugnante en una causa, ya que precisamente este recurso termina la instancia.

De manera que la impugnación de la sentencia de condena es un derecho humano específicamente previsto en los artículos 8.2 h) y 14.5 del PIDCP y opera como una garantía en favor de los intereses del acusado exclusivamente, según se desprende de la propia redacción de ambos dispositivos y como lo ha asumido el tribunal interamericano, de tal suerte que el último recurso que pone fin a la instancia debe provenir del acusado en virtud del doble conforme y por estas razones la revocación de un fallo de condena para sustituirlo por una absolución sin posibilidad de posterior recurso ordinario, no representaría afectación alguna al doble conforme, aunque sí a la inversa.

Entonces, desde la perspectiva convencional el derecho humano es exclusivo del acusado. Como bien lo afirma MAIER:¹⁹

La Convención Americana no se propuso ni se puede proponer, conceder un recurso al Estado –esto es, a su

representante o al órgano estatal competente para la persecución penal pública– para recurrir sentencias –dictadas por los órganos, también estatales, encargados de administrar justicia– que, desde su óptica, considera injustas, en pos de la condena, cuando el imputado ha sido absuelto, o de una condena más grave, cuando ha sido condenado levemente, según la apreciación del Estado persecutor penal.

De esta forma, el derecho al recurso contra la condena tiene carácter supranacional y es de observancia obligatoria, como lo ha dispuesto reiteradamente la Corte IDH, sin que además dicho tribunal se hubiese pronunciado en el sentido de que los dispositivos convencionales que le dan fundamento puedan convertirse en el sustento del recurso contra la absolución e incluso dicho tribunal no se ha decantado por estimar que exista un derecho humano a recurrir este tipo de fallos, aunque por otra parte no proscribiera este tipo de recursos, con la salvedad que se permita satisfacer la doble conformidad judicial en favor del condenado.²⁰

A pesar de que se ha pretendido establecer un principio de igualdad entre el imputado y la víctima en el proceso penal, no podemos soslayar que la posición de ambos es diversa, ya que el primero es quien soporta los efectos del *ius puniendi* y, por tal razón, le asisten derechos específicos que juegan a favor del juego justo que, sin embargo, no pueden ser consideradas en favor de la segunda, tal como el principio de presunción de inocencia y el *non bis in idem*.

Dentro de estas garantías propias del acusado, también se encuentra precisamente la doble conformidad judicial, según se desprende del contenido literal de los artículos 14.5 del PIDCP y 8.2 h) de la CADH. De esta forma, la impugnación de la sentencia de absolución no puede tener cabida dentro de dichos dispositivos; otorgarle el mismo status y asumir la posibilidad de la terminación del proceso con una sola condena dictada por la alzada sin acceso a un posterior recurso significaría un desequilibrio entre la posición de ambas partes, como ha asumido la Corte IDH.

En cambio, el fundamento de la impugnación del fallo absolutorio se encontraría implícito y no expresamente contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 17 constitucional, tratándose por ende de un derecho de libre configura-

¹⁹ MAIER, J, “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?” En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, pp. 407-427 Editores del Puerto, Buenos Aires, 1ª reimpresión, 2004.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mohamed vs Argentina*.

ción legal, lo que significa entonces que su existencia lejos de ser obligatoria al menos desde la perspectiva convencional, depende de la voluntad legislativa de cada Estado.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana²¹ ha desarrollado las diferencias entre la impugnación de la sentencia a cargo del acusado y del órgano acusador, estableciendo al menos seis puntos discordantes en relación a su fundamento normativo, estatus jurídico, ámbito de acción, contenido, objeto y finalidad, de tal suerte que a pesar de que ambas tienen puntos en común, participan de una naturaleza diversa.

Si bien la SCJN no ha precisado que la tutela judicial efectiva sea el fundamento del recurso contra el fallo de absolución y no ha remarcado las diferencias entre el recurso contra la sentencia de condena y de absolución, se advierte implícitamente que es el camino que siguió en un principio,²² al sostener que el derecho a la impugnación de la sentencia es en relación a la condena y en protección del acusado, asumiéndose que en las demás materias no existe a nivel constitucional la exigencia de establecer la existencia de recursos, lo que refrenda posteriormente,²³ en el sentido de que la posibilidad de impugnar una sentencia adversa no forma parte del debido proceso en todos los procesos, pero sí en materia penal, debiendo todos ser de doble instancia cuando se trate de sentencias condenatorias.

No obstante, en fecha posterior la SCJN²⁴ asume un posicionamiento distinto, al establecer que el fundamento del derecho a recurrir tanto la sentencia de condena como de absolución, lo era el artículo 14, numeral 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, numeral 2, inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es importante establecer que con independencia de lo anterior, nuestro máximo tribunal²⁵ se ha decantado por establecer las diferencias existentes entre el derecho a recurrir el fallo y la tutela judicial efectiva, al aducir que se trata de prerrogativas autónomas, con dimensiones y alcances propios que exigen desarrollos interpretativos individualizados que abonen en el entendimiento y configuración del núcleo esencial de cada derecho, idea que desde nuestra perspectiva debe considerarse para otorgar un tratamiento diferenciado en torno a la apelación de la sentencia, dependiendo si la misma es respecto a una condena o de absolución, ya que nos pronunciamos en torno a que ambas tienen una naturaleza distinta y protegen derechos distintos, respecto a lo cual se hará hincapié líneas adelante.

5. Toma de postura de la Corte Interamericana respecto a la impugnación del fallo absolutorio

A pesar de que la Corte IDH no proscribe la posibilidad de que una sentencia absolutoria pueda ser impugnada por parte del órgano acusador, es enfática en establecer que el derecho contemplado en el artículo 8.2 h) de la CADH es propio y exclusivo del acusado, al establecer que necesariamente se debe salvaguardar la doble conformidad en aquellos supuestos en los que se dicte una sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia.

Por estas razones, condenó al Estado argentino,²⁶ debido a que su derecho interno no contaba con un recurso ordinario contra el único fallo de condena dictado en el proceso penal seguido en su contra, lo que significó el término de la instancia con una condena singular decretada por primera vez por la alzada, como consecuencia de un fallo absolutorio que había sido originalmente decretado, no obstante la existencia de un recurso extraordinario en la legislación argentina.

Estableció el tribunal interamericano en el fundamento jurídico 84 que:

²¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-792/14, de 29 de octubre de 2014. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-792-14.htm> [consultado el 13 de octubre de 2022].

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 22/2009 promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2009_22_Demanda.pdf [Consultado: 1º de octubre de 2022].

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 71/2015 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación*, 27 de noviembre de 2015.

²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, fundamento jurídico 60 de la ejecutoria correspondiente a la contradicción de Tesis 57/2021. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/30638>, [Consulta 12 de octubre de 2022].

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. /J. 8/2020 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 74, Enero de 2020, Tomo I, página 589.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mohamed vs Argentina*.

Doble conforme. Mecanismos para asegurar su plena observancia en el régimen recursivo mexicano

Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales.

En el apartado 102, se estableció:

El ordenamiento jurídico aplicado al señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para que aquel pudiera recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta.

Mientras que es de resaltarse el contenido del fundamento jurídico 111:

La Corte resalta la gravedad de que en el presente caso no se garantizara al señor Mohamed el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, tomando en cuenta que parecieran haberse configurado deficiencias en la garantía del derecho de defensa durante la segunda instancia del proceso penal frente a la apelación planteada contra la sentencia absolutoria.

Concluyó finalmente la CIDH que:

El sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también ha constatado que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, en tanto salvaguarda de acceso al primero, no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho.

Cabe destacar que esta decisión es conteste con lo establecido por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas,²⁷ al precisar que el párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP se vulnera precisamente si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a

una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior, lo que no queda compensado por el hecho de ser condenado por el tribunal de mayor jerarquía, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva sobre el particular.

La sentencia dictada por el tribunal interamericano precisa entonces que con independencia de que el régimen recursivo interno admita la impugnación del fallo absolutorio, ello de ninguna manera debe convertirse en un obstáculo para la vigencia de la doble conformidad judicial, en el entendido de que el hecho de que el tribunal de la más alta jerarquía orgánica sea el que dicte la condena tampoco es un motivo válido para soslayar la vigencia de este derecho humano.²⁸

Esta línea jurisprudencial es de suma importancia, con independencia que en este caso el Estado mexicano no haya sido parte en la controversia, dado que dicho pronunciamiento es vinculante en nuestro contexto jurídico como así lo ha establecido la SCJN.²⁹

6. Toma de postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la impugnación de la sentencia absolutoria

La Primera Sala de la SCJN ha determinado que cuando el tribunal de alzada revoca una sentencia absolutoria dictada por el tribunal de enjuiciamiento y tiene por acreditado el delito y la responsabilidad, no debe reasumir jurisdicción, sino que debe devolver el caso al tribunal de enjuiciamiento para que lleve a cabo la audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño, así como la redacción y explicación de la sentencia, garantizando con ello los principios de legalidad, inmediación e impugnación.³⁰

Esta solución permite cumplir parcialmente con el doble conforme, porque posibilita un segundo examen en relación a la pena, debido a la revocación de la sentencia absolutoria y reenvío que la alzada realiza al tribunal de enjuiciamiento, a efecto de que se limite a celebrar la audiencia de individualización

²⁷ Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Observación General número 32, 2007, punto número 47. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/type/GENERAL,,,478b2b602,0.html>. [Consultado el 12 de octubre de 2022]

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Barreto Leiva vs. Venezuela, 17 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 86. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_espl.pdf [Consultado el 17 de octubre de 2022]

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 204.

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 38/2022 (11a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.

de la sanción, de tal suerte que el pronunciamiento de primera instancia en relación a la pena es susceptible de revisarse en vía de apelación, no así lo concerniente al delito y la autoría o participación del acusado, al tratarse de aspectos que constituyen cosa jugada sin posibilidad de revisión mediante un recurso ordinario, razón por la cual se termina la instancia sin que sea posible entonces revisar en vía de recurso ordinario el único fallo de condena decretado por la alzada en donde se estimó acreditado el delito y la autoría o participación del encausado.

De manera que, en nuestro contexto, el principio de doble conforme no se asume plenamente para el caso de que la sentencia dictada en primera instancia sea de carácter absolutorio, en el entendido que el sistema recursivo previsto en el CNPP no consigna recurso ordinario alguno contra la sentencia de condena dictada por los tribunales de segunda instancia.

7. ¿Constituye el amparo un recurso ordinario contra la sentencia de condena?

Si bien se pudiera argumentar que en contra de la primera sentencia de condena decretada por el tribunal de alzada, el sentenciado cuenta con la vía del amparo directo a efecto de revertir el fallo condenatorio, lo cierto es que dicho mecanismo jurisdiccional no puede ser concebido como una instancia, en los términos de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano, dado que los tribunales del amparo, no cumplen con el principio de juez natural, de superior instancia al tribunal que decretó la condena, al pertenecer al fuero federal, de distinta competencia al de los tribunales del fuero común, en los que las Salas del Supremo Tribunal respectivo tienen el carácter de órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, mientras que en el ámbito federal, los Tribunales Colegiados de Apelación son los que tienen el carácter de superiores de los jueces federales penales.

Además, el amparo es un medio de impugnación eficaz para defender los derechos de las personas y permite cumplir con determinados fines de protección, pero no con los que proporciona una segunda instancia, no solo en cuanto a los aspectos de los cuales puede ocuparse, sino también respecto a la oportunidad de que una sentencia de segunda instancia sea

revisada precisamente en el amparo,³¹ de manera que se trata de un recurso extraordinario que no satisface los lineamientos del 8.2 h) de la CADH y 14.5 del PIDCP, ni puede ser considerado una segunda instancia,³² lo que se reitera posteriormente³³ al establecerse que este medio de defensa sirve para proteger los derechos consagrados en la Constitución y la Convención Americana, aunque no satisface la segunda instancia.

8. La tensión entre el derecho del acusado y del acusador

De acuerdo a lo precisado anteriormente, en los países apegados a la tradición jurídica continental, como el nuestro, en el que se ha concebido la posibilidad de que un fallo absolutorio de primera instancia pueda ser impugnado, surgen tensiones entre este tipo de recurso y la doble conformidad judicial, lo que no se genera en aquellos países en los que solo es permitido recurrir la sentencia de condena.

Sin embargo, suprimir la posibilidad de impugnación de los fallos absolutorios de primera instancia para satisfacer el doble conforme no resulta ser una opción válida, dado que el desarrollo evolutivo de la protección a la víctima dentro del proceso penal necesariamente nos debe llevar a maximizar sus derechos, tan es así que el apartado B del artículo 20 de la Carta Magna ha elevado a rango constitucional diversas prerrogativas en su favor, como también se ha establecido en la Ley General de Víctimas, en cuyo artículo 12, fracción XII establece como uno de sus derechos precisamente que se les notifique toda resolución que pueda afectar sus derechos y a impugnar dicha resolución.

Esta protección en el proceso penal en buena medida se debe a distintas resoluciones de la SCJN,³⁴ en

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 71/2015 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación*, 27 de noviembre de 2015.

³² Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Primera Sala. Amparo Directo en Revisión 788/2019, Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-10/ADR-788-2019-191030.pdf [Consultado el 6 de octubre de 2022]

³³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. /J. 8/2020 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 74, Enero de 2020, Tomo I, página 589.

³⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Contradicción de Tesis 371/2012. Disponible: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Xo7H2aEQRpJ:www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2012/4/2_142433_1685.doc&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx [Consultado el 13 de oc-

donde se destaca, entre otras consideraciones, la necesidad de que se le reciban las pruebas que ofrezca y se le reconozca su carácter de parte procesal. También se ha entendido que la víctima goza de derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación integral y a la debida diligencia.

Sin embargo, por otra parte, privilegiar el derecho de la víctima con menoscabo del derecho del acusado al doble conforme tampoco es una opción admisible para el alto tribunal interamericano. No se deben soslayar las obligaciones contraídas por nuestro país como consecuencia de su adhesión a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, lo que de suyo implica un ineludible respeto de este principio en favor del acusado y sin que se pueda oponer al respecto la existencia de un derecho del órgano acusador o de la víctima.

Precisamente en este sentido, Corte IDH ha determinado:³⁵

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Luego, no puede servir de excusa para la inobservancia de un derecho humano la aplicación de normas de derecho interno que se encuentren en probable oposición a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y en este sentido el artículo 27 de la Convención de Viena es enfático en precisar que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

De esta guisa, al momento de adoptar un tratado internacional en materia de derechos humanos, el Estado requiere adaptar su orden jurídico interno para dar cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas como se desprende del artículo 2º de la CADH; lo contrario posibilita que el Estado pueda ser condenado por la Corte IDH, lo que reafirma el tribunal interamericano con la necesidad de que el sistema recursivo

previsto en el orden jurídico interno se adapte al doble conforme.

9. Armonización de nuestro sistema recursivo con la jurisprudencia interamericana

Algunos países que siguen la tradición jurídica continental y permiten la impugnación del fallo de absolución, han advertido la necesidad de compatibilizar este medio de impugnación con la doble conformidad judicial, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú,³⁶ al estimar que:

Para que una sentencia de segundo grado pueda condenar a la persona absuelta en primera instancia, conforme al artículo 425, inciso 3, literal “b” del Nuevo Código Procesal Penal, y de otro lado no se habilite un medio impugnatorio eficaz que permita que una instancia distinta pueda efectuar una revisión plena e integral de la corrección de dicha sentencia condenatoria, donde se analicen los hechos, las pruebas u otras cuestiones jurídicas, contraviene el derecho a la pluralidad de instancias.

En Colombia, la Corte Constitucional³⁷ advirtió la necesidad de compatibilizar la doble conformidad con la impugnación de sentencias absolutorias, al establecer que la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia, constituye un estándar constitucional.

Por estas razones, la Corte colombiana estableció en dicho fallo que el legislador tiene el deber de diseñar e implementar un recurso que materialice el derecho a controvertir los primeros fallos condenatorios que se dictan en un juicio penal y exhortó al Congreso de la República para que en el término de un año regulara integralmente lo conducente, y de no hacerlo, se entendería la procedencia de la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

En nuestro contexto jurídico, debido a la jurisprudencia nacional que establece la procedencia de la

tubre de 2022]

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A núm. 2, párr. 29. Recuperado el 30 de septiembre de 2022. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1261.pdf> [Consultado el 20 de octubre de 2022]

³⁶ Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia 00861-2013-PHC/TC de 23 de enero de 2018, fundamento jurídico 16. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00861-2013-HC.pdf> [Consultado: 12 de marzo de 2021]

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-792/14, de 29 de octubre de 2014.

revocación de los fallos absolutorios, la implementación de un recurso ordinario contra el fallo de la alzada en el que se impone una pena por vez primera, se convierte entonces en la única opción válida para la observancia íntegra de la doble conformidad. De tal suerte que se precisa la imperiosa necesidad de adicionar el CNPP con un recurso ordinario específico para este tipo de casos, cuya competencia estaría a cargo de magistrados que para ese efecto tendrían el carácter de órgano jurisdiccional de instancia superior al tribunal de alzada emisor del primer fallo de condena contra el originalmente absuelto.

No obstante, debe tomarse en consideración que una respuesta de esta naturaleza motivaría la existencia de un debate fracturado en la segunda instancia, al asumirse una impugnación en torno al hecho delictivo y responsabilidad del acusado y una diversa impugnación en cuanto a la pena impuesta, dado que el dictado de una sentencia absolutoria en primera instancia implica que no se lleve a cabo la audiencia de individualización de sanciones que previene el artículo 409 del CNPP, porque ello solo ocurre cuando se dicta un fallo de condena, en el entendido que el tribunal de segunda instancia que revoca el fallo absolutorio carecería de elementos para individualizar la pena, máxime que sobre el particular es requerido el ejercicio del contradictorio entre ambas partes, como asumió la SCJN.³⁸

Una respuesta similar a la colombiana la encontramos en el caso argentino, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁹ estimó que ante el dictado de una primera sentencia condenatoria en sede casatoria, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado debe ser salvaguardada directamente y sin mayores dilaciones mediante la interposición de un recurso de casación que deberán resolver otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir a la Corte Argentina para obtener una decisión que ordenara que tuviera lugar dicha revisión, cuestión que es conocida como una casación de carácter horizontal.

³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 38/2022 (11a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*

³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa CSJ 5207/2014/RH1, de 26 de diciembre de 2019, fundamento jurídico doceavo. Disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7enk6kLpgHEJ:sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/bajarDocumentoWordById.html%3FidDocument%3D7575644%26cache%3D1596758400131+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx> [Fecha de consulta: 7 de marzo de 2021]

Es importante aludir a lo que sucede en el contexto español. Existen supuestos en los cuales el tribunal de segunda instancia tiene facultades para valorar aspectos relativos a errores en la valoración de la prueba, sin embargo, en estos supuestos, carece de facultades para revocar el fallo de origen y en estas condiciones el *ad quem* solamente podría limitarse a decretar la anulación de la sentencia para que el de primer grado lleve a cabo una nueva redacción de la misma, o en su caso, se celebre un nuevo juicio en presencia de diversos magistrados.

Lo anterior, de acuerdo con lo que establece el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente a partir del año 2015, que establece:

La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

10. El CNPP y el doble conforme

Una vía de solución alterna que puede replantearse en un futuro en torno al conflicto de derechos surgido entre la tutela judicial efectiva y el principio de doble conformidad judicial, que permitiría la vigencia de ambos, similar a la establecida en el anteriormente referido artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, es establecida por el CNPP.

Esta respuesta significaría darle al recurso de apelación en tratándose de impugnación contra sentencias absolutorias, distintos efectos a los que tradicionalmente se han concebido respecto a la revocación del fallo, para que en caso de ser procedente la inconformidad del fiscal, el fallo se anulara, lo que impediría la finalización de la instancia.

De esta forma, la causa se reenviaría completamente al tribunal de origen a efecto de que dictara una nueva sentencia, que en caso de que ser de carácter condenatorio sería susceptible de una nueva impug-

Doble conforme. Mecanismos para asegurar su plena observancia en el régimen recursivo mexicano

nación ante magistrados distintos a los que nulificaron la sentencia, lo que permitiría el cumplimiento del doble conforme, de tal suerte que se trata de una respuesta de mayores alcances al reenvío que se establece exclusivamente respecto a la individualización de la pena.⁴⁰

Del análisis conexo de varios artículos del CNPP, tratándose de los artículos 479, 482 fracción I y 483, se desprende dicha posibilidad, en el entendido de que en el fallo mediante el cual se nulificaría la sentencia absolutoria, se ordenaría al *a quo* el dictado de una nueva resolución en torno a los aspectos relacionados con el delito y la autoría o participación del acusado y a su vez permitiría que fuera este mismo tribunal de enjuiciamiento el que convocara a la audiencia de individualización de la pena, en la que las partes tendrán la oportunidad de alegar, aportar prueba y contradecir los argumentos de su oponente.

Con ello se permitiría que ninguno de los derechos en juego fuera sacrificado y a la par posibilitaría la plena vigencia de los principios de contradicción, defensa e intermediación propios de la audiencia de individualización de la pena, así como de unidad de causa, en lo que respecta al dictado de la sentencia y a la individualización de sanciones, permitiendo además una segunda instancia unificada.

En este sentido, el artículo 479 del CNPP establece que los efectos de la sentencia de apelación serán confirmar, modificar o revocar la resolución impugnada, o bien ordenar la reposición del acto que dio lugar a la misma, efecto este último propio de la nulidad de los actos jurídicos, en los términos de los artículos 97 a 102 del CNPP, mientras que el artículo 483 del CNPP dispone que será causa de nulidad de la sentencia la transgresión a una norma de fondo que implique una violación a un derecho fundamental.

Por su parte, el artículo 482, fracción I, precisa que habrá lugar a la reposición del procedimiento cuando en la tramitación de la audiencia de juicio oral o en el dictado de la sentencia se hubieren infringido derechos fundamentales asegurados por la Constitución, las leyes que de ella emanen y los tratados.

De la lectura de estos tres numerales se desprende que la resolución que decide la apelación puede tener varios efectos, a saber confirmar, modificar o revocar la sentencia. Pero también, que se podrá decretar la nulidad, ya sea exclusivamente de la sentencia o bien

de todo el procedimiento, lo que se denomina reposición del procedimiento.

También se desprende del contenido de estos artículos que la reposición del procedimiento puede versar no solamente sobre aspectos procesales, sino también respecto a violaciones a derechos humanos cometidos durante el dictado de una sentencia, es decir, lo que se conoce como errores *in iudicando*, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en aquellos casos en que exista ausencia de motivación, o cuando esta sea insuficiente o defectuosa.

Esta respuesta ciertamente precisa analizar la apelación desde una perspectiva distinta a su enfoque tradicional, en la que sus efectos son la confirmación o revocación del fallo, debido a su naturaleza amplia, capaz de analizar directamente la prueba producida en primer grado, pues por otra parte tampoco se debe soslayar que su naturaleza también es de carácter anulatorio.

Como lo precisa HITTERS,⁴¹ las resoluciones apelables también son susceptibles del recurso de nulidad, en lo que concuerda SAN MARTÍN,⁴² al precisar que la apelación tiene un carácter bivalente y funciona como recurso pero además como acción de anulación, esto último, cuando se adviertan defectos de actividad o de juicio y en esta misma dirección, COLMENERO Y ARNAÍZ⁴³ al establecer que este recurso tiene funciones tanto de nulidad como medio de gravamen.

Por lo tanto, a pesar de que el ordenamiento procesal penal establezca tanto la posibilidad de revocación, como de anulación del fallo, siendo en términos generales preferible la primera opción, habría también que ponderar que en este supuesto específico de impugnación de sentencias absolutorias, la nulidad permite la salvaguarda del doble conforme y que la diferente naturaleza de la impugnación contra sentencia de condena y de absolución permiten otorgar un tratamiento diferenciado a ambos institutos.

De esta manera, no es importante la denominación del recurso existente, sino el real y efectivo cumplimiento de los derechos humanos, y por estas razones

⁴¹ HITTERS, J, *Técnica de los recursos extraordinarios y casación*, pp. 537 y 538, 2ª Ed. Buenos Aires, Impresiones Avellaneda, 1998.

⁴² SAN MARTÍN, C, *Derecho Procesal Penal Lecciones*. p. 673. México. Global Editores, 2017.

⁴³ COLMENERO, J. / ARNAÍZ, A, *Los medios de Impugnación en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, p. 182. México, Tirant Lo Blanch, 2019.

⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 38/2022.

el reenvío de toda la instancia al tribunal de origen podría constituirse en una opción válida para armonizar los intereses en juego.

Ciertamente en contra de ello pudiera aducirse que el artículo 483 del CNPP dispone que será causa de nulidad de la sentencia la transgresión a una norma de fondo que implique una violación a un derecho fundamental. En estos casos, el Tribunal de alzada modificará o revocará la sentencia.

Sin embargo, como lo señalan COLMENERO Y ARNAÍZ,⁴⁴ se trata de una disposición redactada en forma defectuosa dado que si la sentencia es nula no habría lugar a modificarla o revocarla, sino en todo caso a decretar su nulidad y al dictado de una nueva resolución.

Sobre el particular, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español,⁴⁵ precisamente ha decretado la anulación de la sentencia absolutoria, devolviendo las actuaciones al tribunal de origen para que este se pronunciara motivadamente sobre los elementos fácticos establecidos en la ejecutoria, de tal suerte que si bien se detectaron errores *in iudicando* cometidos en la sentencia, ello no obstaculizó para que el *ad quem* lejos de proceder a revocar el fallo, se pronunciara sobre su nulidad y reenvío.

De manera que, con la solución que nos otorga el CNPP, la sentencia de condena dictada en reenvío sería susceptible de impugnación por parte del acusado, ante un Tribunal *ad quem* distinto del que conoció la primera apelación, que no se hubiese pronunciado en relación al caso.⁴⁶

No pasa desapercibido que una solución de esta naturaleza implicaría una reestructuración de los tribunales de apelación en el país, a efecto de contarse con magistrados que no se hubiesen pronunciado sobre el fondo del asunto, lo que resultaría problemático en aquellas jurisdicciones en las que la apelación es colegiada y se cuenta con escaso número de magistrados, sin embargo, ello también ocurriría en el caso de que la solución se hiciera consistir en la creación de un recurso ordinario contra la revocación del fallo absolutorio.

Podría también estimarse que en el caso de sentencias absolutorias no existiera la reposición parcial del juicio, sino de toda la audiencia de juicio oral, para efecto de que se realizara un nuevo juicio oral en presencia de jueces distintos a los que originalmente decretaron la sentencia absolutoria, en los términos del artículo 482 del CNPP, que dispone: “La reposición total de la audiencia de juicio deberá realizarse íntegramente ante un Tribunal de enjuiciamiento distinto”.

Dicha consecuencia es más drástica que la anterior, porque se dirige a decretar la nulidad de todo el juicio oral, aún y cuando la afectación se verificó en el momento del dictado de la sentencia exclusivamente, lo que implicaría elevados costos económicos, además de considerables retrasos procesales para el acusado, quien tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

En el entendido de que dependería del caso concreto estimar si existiría reposición de la sentencia de primer grado o de todo el juicio, para lo cual debemos atender a lo que nos señala el artículo 482 del CNPP debiéndose tomar en cuenta “la garantía de la inmediación y el principio de objetividad del órgano jurisdiccional”, en lo cual redundaría la parte final del artículo 483 del ordenamiento.

Finalmente, no debe pasar desapercibido que esta vía de solución encuentra grandes inconvenientes, al posibilitarse mediante el reenvío una etapa recursiva interminable ante tribunales de segunda instancia y en vía de recurso extraordinario, más cuando la nueva resolución dictada en primera instancia como consecuencia de la nulidad fuera de carácter absolutorio, precisándose entonces la necesidad de imponer límites a la impugnación de las segundas sentencias absolutorias dictadas en el reenvío.

De lo contrario se permitiría cumplir a cabalidad con los postulados que el derecho anglosajón ha establecido en contra de la impugnación de sentencias absolutorias al significar la posibilidad de que el Estado abusara de su autoridad para tratar a toda costa de lograr una condena, lo que significaría un hostigamiento con múltiples procedimientos en contra del acusado, lo que podría resultar aún más gravoso que la misma comisión del delito debido a la eterna incertidumbre para el procesado.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 162.

⁴⁵ Tribunal Supremo de España, Sentencia de 16 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/op enDocument/2ae815c4fa9d8021/20201124> [Fecha de consulta: 13 de abril de 2021]

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Herrera Ulloa vs Costa Rica, fundamentos jurídicos 171 a 175.

11. A modo de conclusión

La necesidad de proteger el derecho humano previsto en los artículos 8.2 h) y 14.5 de la CADH, en los términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, plantea distintos retos en sistemas jurídicos como el nuestro, en los cuales cabe la posibilidad de que se pueda impugnar tanto una sentencia de condena como absolutoria. Cabe destacar que estos desafíos no se presentan en los recursos en distintas materias ajenas a la penal ni en otros recursos propios del proceso penal.

El recurso contra la sentencia de condena es un derecho humano que expresamente se encuentra protegido a nivel convencional, lo que no sucede con la impugnación de la absolución, que de forma implícita es susceptible de ser contenida dentro del derecho a la tutela judicial y es de libre configuración legal, de tal suerte que ambas impugnaciones son prerrogativas distintas que tutelan distintos derechos y por tanto ameritan desarrollos diversos.

La obligación de garantizar la doble conformidad judicial desarrollada por la jurisprudencia interamericana, que obliga a que una condena sea soportada en forma sucesiva por dos tribunales de distinta jerarquía orgánica, es propia y exclusiva del condenado y opera respecto de sentencias de condena dictadas por primera vez en segunda instancia en contra del condenado originalmente absuelto, en el entendido de que debe existir un recurso ordinario contra esa primera condena decretada por el tribunal de alzada.

Ello ha significado un replanteamiento del régimen recursivo en varios países sujetos al régimen interamericano de derechos humanos en los cuales no se había estimado la necesidad de proveer un recurso ordinario respecto a la decisión de la alzada, en virtud de su posición de tribunal de la mayor jerarquía orgánica, destacándose el emprendimiento surgido en distintos países de la región para cumplir con la doble conformidad en los términos de la Corte Interamericana.

En México no se cumple en su integridad con el doble conforme, debido a que se ha provisto que las sentencias absolutorias son susceptibles de revocación y de reenvío de la causa al tribunal de origen para que imponga exclusivamente la pena, dado que no existe recurso ordinario mediante el cual se revise si esta primera condena dictada en la alzada respec-

to la acreditación del delito y de la autoría o participación del encausado es correcta, en el entendido de que el amparo no satisface dicha calidad, de tal suerte que es preciso adicionar el Código Nacional de Procedimientos Penales para que se provea un recurso ordinario que analice si el primer fallo de condena decretado por el tribunal de alzada respecto al delito y la autoría o participación del encausado es adecuado.

Una alternativa que pudiera plantearse en un futuro la proporciona el Código Nacional de Procedimientos Penales, al permitir que un fallo absolutorio incorrecto, lejos de ser revocado, pueda ser declarado nulo por un tribunal de segunda instancia, ordenándose el reenvío al tribunal de primer grado para que decrete una nueva resolución o para que en su caso practique un nuevo juicio oral, solución que permitiría armonizar los intereses en juego, porque si el nuevo fallo de primer grado dictado en reenvío es condenatorio, se puede celebrar ante el mismo órgano jurisdiccional la audiencia de individualización de sanciones y ello en su conjunto daría lugar a la materialización de la doble conformidad judicial al posibilitarse un recurso ordinario contra el fallo condenatorio y la pena.

Aunque por otra parte, una respuesta de esta naturaleza posibilitaría una etapa recursiva *ad infinitum*, de tal suerte que precisaría la necesidad de imponer límites a la impugnación de la sentencia cuando la decretada por segunda ocasión en cumplimiento del reenvío por parte del tribunal de primer grado volviera a ser de carácter absolutorio, máxime que el tamiz de dos sentencias sucesivas de conformidad se exige desde la perspectiva interamericana respecto a los fallos de condena y no absolutorios.

12. Referencias bibliográficas

ALLEN R / FERRAL, B / RATNASWAMY, J, "The Double Jeopardy Clause, Constitutional Interpretation and the limits of formal logic". *ValpoScholar, Valparaiso University Law, volumen 26 número 1*, 1991. Disponible en: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2138&context=vultr#:~:text=Like%20much%20of%20the%20Bill,provisions%20in%20the%20first%20ten>.

CHIESA, E, "Derecho Procesal Penal. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico, 88 número 1*, 2019.

- COLMENERO, J / ARNAÍZ, *Los medios de Impugnación en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Tirant Lo Blanch, 2019.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 55/97, caso 11.137, Juan Carlos Abella, Argentina, fundamento jurídico 262. Recuperado el 12 de octubre de 2022. Disponible en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Informe%20N%C2%BA%2055-97%20%20Juan%20Carlos%20Abella%20v.%20Argentina.pdf>
- Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Gómez Vásquez vs. España. Recuperado el 11 de octubre de 2022. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/701-1996.html>
- Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Observación General número 32, punto número 47. Recuperado el 12 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/type,GENERAL,,478b2b602,0.html>
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-792/14, de 29 de octubre de 2014. Recuperado el 13 de octubre de 2022. Disponible en: [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-792-14.htm>]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A núm. 2, párr. 29. Recuperado el 30 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1261.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, 30 de mayo de 1999. Recuperado el 9 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Mendoza Rodríguez vs Argentina, 14 de mayo de 2003, fundamento jurídico 252. Recuperado el 11 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2 de julio de 2004, Recuperado el 9 de octubre de 2022. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Barreto Leiva vs. Venezuela, 17 de noviembre de 2009, Recuperado 17 de octubre de 2022. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Mohamed vs. Argentina, 23 de noviembre de 2012, recuperado 13 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, 30 de enero de 2014, recuperado 14 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Norín Catrimán y otros vs Chile, 29 de mayo de 2014, fundamento jurídico 270, recuperado 14 de octubre de 2022. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/norincatriman_18_02_21.pdf
- Corte Interamericana de derechos Humanos, Gorigoi-tía vs Argentina, 2 de septiembre de 2019,. Recuperado el 14 de octubre de 2022. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 2019) causa CSJ 5207/2014/RH1, de 26 de diciembre de 2019, [Disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7enk6kLpgHEJ:sjc-onsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/bajar-DocumentoWordById.html%3FidDocumento%3D7575644%26cache%3D1596758400131+%&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>] [Fecha de consulta: 7 de marzo de 2021]
- GARCÍA, E, “Apuntes sobre el sistema recursivo en Puerto Rico”. En *Compendio sobre el Sistema Penal Acusatorio: Experiencias Compartidas*. Publicaciones Gaviota, Cayey, Puerto Rico, 2019.
- HITTERS, J, Técnica de los recursos extraordinarios y casación, 2ª Ed. Buenos Aires, Impresiones Avellaneda, 1998.
- MAIER, J, “La Impugnación del acusador: ¿un caso de ne bis in idem?” *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencia, número 12*, 1996, disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ggQ1p5xt-5EJ:https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3925/3195/&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx>,

Doble conforme. Mecanismos para asegurar su plena observancia en el régimen recursivo mexicano

- “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?” En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, pp. 407-427, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1ª reimpresión, 2004.
- SAN MARTÍN, C, *Derecho Procesal Penal Lecciones. México. Global Editores*, 2017.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 22/2009 promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recuperado 1º de octubre de 2022. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2009_22_Demanda.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala Contradicción de Tesis 371/2012. Recuperado 13 de octubre de 2022. Disponible: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Xo7H2aEQRpoJ:www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2012/4/2_142433_1685.doc&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=mx
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 204.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 71/2015 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación*, 27 de noviembre de 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión, 2590/2016, Recuperado 7 de octubre de 2022. Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jXnQrkdOW-QJ:www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2016/10/2_198117_3693.doc+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=us
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Amparo Directo en Revisión 788/2019, Primera Sala. Recuperado el 6 de octubre de 2022. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-10/ADR-788-2019-191030.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a. CVI/2019 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 72, Noviembre de 2019, Tomo I, página 376.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 17/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, abril de 2019, página. 732.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. /J. 8/2020 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 74, Enero de 2020, Tomo I, página 589
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 38/2022 (11a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.
- ADR 777/2019, consultable en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-06/ADR-777-2019-190625.pdf. fundamento jurídico número 105.
- Supreme Court of Kentucky, *Ignatow v. Ryan*, 2001. Recuperado el 13 de octubre de 2022. Disponible en <https://caselaw.findlaw.com/ky-supreme-court/1338247.html>
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 167/2002 de 18 de septiembre. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4703>
- Tribunal Constitucional de España, sentencia 272/2005, de 24 de octubre de 2005. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/ptR/Resolucion/Show/SENTENCIA/2005/272;>
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia 45/2011 de 11 de abril de 2011. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6827>.
- Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia 00861-2013-PHC/TC de 23 de enero de 2018, fundamento jurídico 16. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00861-2013-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional de Puerto Rico, Caso CC-2014-630, 2018. Puerto Rico vs. Giovanni Toro Martínez. Disponible en: <https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2018/12/2018tspr145.pdf>;
- Tribunal Supremo de España, Sentencia de 16 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2ae815c4fa9d8021/20201124>
- U.S. Supreme Court *Green v. United States*, 1957. Recuperado el 23 de agosto de 2022. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/184/>
- U.S. Supreme Court *Sanabria v. United States*. 1978. Recuperado el 14 de octubre de 2022. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/54/>

VELASCO, E, “Sobre la impugnación de sentencias absolutorias”. 2020. Disponible en: <https://confilegal.com/20201014-sobre-la-apelacion-de-sentencias-absolutorias/> Fecha de consulta: 21 de agosto de 2021]

WESTEN, P, “The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences” *Michigan Law Review*, número 7 volumen 78, 1980. Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3781&context=mlr>



La criminalidad intraempresarial



Santiago Javier Granado Pachón

Universidad de Huelva

RESUMEN: El análisis de la criminalidad de la empresa requiere de una distinción importante a la hora del establecimiento de los distintos sistemas de control que pueden implementarse, en aras de la detección y prevención delictual, con independencia de su interrelación aplicativa. De ahí, que podamos distinguir una criminalidad *ad intra* o intraempresarial, que atenta contra bienes jurídicos de la propia empresa, de aquella que tiene como objetivos los bienes jurídicos de terceros, también conocida como criminalidad *ad extra*. Dentro de la criminalidad intraempresarial es necesario distinguir, atendiendo al sujeto activo, aquella que comete cualquier subordinado o empleado (como puede ser un delito de daños o de hurto), de aquella que es cometida por personas que poseen cargos con responsabilidad, en clara alusión a los directivos, en quienes se concentran las facultades de decisión y disposición de los intereses de la empresa. Si bien los instrumentos de control por posibilidades delictivas cometidas por los inferiores en la escala jerárquica dentro de la estructura empresarial pueden implantarse bajo la cobertura de la relación laboral, cuando tratamos de expectativas delictuales que propician los propios directivos de la corporación, tales instrumentos de fiscalización adquieren cierta complejidad en su mayoría ineficaces, ante una subcultura empresarial legitimadora y los vericuetos derivados de la delincuencia económica.

PALABRAS CLAVE: control, autorregulación empresarial, relación laboral, criminalidad intraempresarial.

ABSTRACT: The analysis of the criminality of the company requires an important distinction at the time of the establishment of the different control systems that can be implemented, for the sake of the detection and prevention delinquent, regardless of its interrelation application. Hence, we can distinguish an *ad intra* or intrabusiness criminality that violates the legal property of the company itself, which aims at the legal assets of third parties, also known as *ad extra* criminality. Within the intra-enterprise criminality, it is necessary to distinguish according to the active subject, that which can be committed by any subordinate or employee (such as a crime of damage or theft) of that which is committed by persons who have charges with responsibility, in clear allusion to the directors, in which the faculties of decision and disposition of the interests of the company are concentrated. While the instruments of control for criminal possibilities committed by the inferiors in the hierarchical scale within the business structure can be implanted under the coverage of the employment relationship, when we try to criminal expectations that promote the executives themselves of the corporation, such control instruments acquire some complexity mostly ineffective, before a legitimizing business subculture and the byways derived from economic crime.

KEYWORDS: control, business self-regulation, employment relationship, intra-enterprise criminality.

SUMARIO: 1. Consideraciones iniciales. 2. Fuerzas divergentes en la delincuencia empresarial. 3. Referencia a los mecanismos internos de control inhibidores de la criminalidad de los directivos en la empresa. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

Rec: 3/3/2023 | Fav: 15/4/2023

1. Consideraciones iniciales

No podemos negar, que de un tiempo a esta parte, la criminalidad de la empresa ha acaparado la atención de la doctrina no solo por las dificultades dogmáticas y doctrinales de cubrir las exigencias de culpabilidad marcada por el sistema del hecho punible tradicional, sino también por las dificultades técnicas de controlar los comportamientos desviados en el interior de la misma, dado que la producción y la información de estos hacia el exterior puede generar daños inmanentes a los intereses corporativos, que abarcan desde el propio prestigio empresarial hasta la pérdida de posiciones en el mercado. No obstante, con independencia de los efectos económicos o personales que en el interior de la empresa puedan producir tales comportamientos desviados, no podemos desconocer que en ocasiones tratamos con hechos delictivos y que el Estado, como titular de *ius puniendi*, tiene la obligación de perseguirlos a través del derecho penal; a pesar de una llamativa ineficacia de este para hacerle frente, tal y como sostenía SHÜNNEMAN cuando afirmaba que el derecho penal es un medio ineficaz en la lucha contra la criminalidad empresarial.¹ Esta ineficacia tiene su base en el inconveniente que supone para la propia empresa la detección de hechos delictuales en su interior, pues el mandato de acudir a los tribunales para ponerlos de manifiesto se hace insuficiente al valorarlos en términos de oportunidad de costes. No olvidemos que nos movemos dentro de un concepto de empresa que, bajo determinadas dimensiones de actividad, constituye un “foco de delincuencia”, dado el entendimiento de que estas estructuras provocan factores criminológicos que aumentan los riesgos de procurar comportamientos desviados,² favoreciendo la ocultación de los

mismos; y, no obstante, valores y costes económicos a veces intangibles, como clientela o prestigio empresarial. Estos factores favorecedores a la ineficacia son principalmente de naturaleza económica y son creadores de un espacio cultural³ en el mundo de la empresa sobre el que encuentran legitimación de actuación, ante el interés por empleados y directivos en conseguir los objetivos marcados por las empresas a las que pertenecen.⁴ De ahí que la actuación desviada permanezca insertada bajo una estructura, organiza-

Delito contra la intimidación, el derecho a la propia imagen (art. 197 quinquies), Delito Estafa (251 bis), Alzamiento de bienes (258 ter), insolvencias punibles (261 bis), Daño informático (264 quarter), Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, consumidores, corrupción en los negocios (art. 288), Delito de receptación y blanqueo de capitales (art. 302), Delito contra Hacienda Pública y Seguridad Social (art.310 bis), Delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318), Delitos de construcción, edificación y urbanización (art. 319), Delitos contra la Salud Pública (art. 366), Financiación del terrorismo (art. 576).

³ Es importante resaltar que los modelos de organización y gestión que deben desarrollar las entidades no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención, sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general debe presidir la interpretación de los Sr. Fiscales sobre los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales. Es más, los Sr. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación, de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo. (Vid. Circular de la FGE 1/16).

⁴ En este sentido, es fácil observar cómo las entidades a través de sus directivos o empleados pretenden a todo costa salvar su capacidad de trabajo y dedicación manteniendo o incrementando los objetivos marcados para cada ejercicio; ante esto, se suelen normalizar acciones consistentes en omitir las medidas de prevención dispuestas por la ley o contratar a personal por debajo de las medidas legales, pagar a los empleados o directivos de otras empresas-clientes para procurarse la venta continuada de sus productos con grave infracción de las normas de competencia desleal, falsear las cuentas anuales con la finalidad de obtener financiación bancaria o llevar a cabo actos defraudatorios contra el erario público.

¹ Cfr. SHÜNNEMAN, B., *Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln*, Berlin, Bonn, München, pp. 629 ss.

² El Código penal bajo la reforma de LO1/2015 castiga a las personas jurídicas por la comisión de los siguientes hechos: Delito relativo a la prostitución y corrupción de menores (189 bis),

ción y dirección concreta, que hace sumamente difícil el inquirir sobre hechos delictivos cometidos en el interior de la misma —también en el exterior—. En otros términos, puede afirmarse, con carácter general, que el derecho penal se ve inefectivo para combatir este tipo de comportamientos desviados.

En relación con los factores⁵ y argumentos favorecedores hacia la ineficacia denunciada, estos pueden constreñirse a los siguientes: en primer lugar, al hecho de que el riesgo de descubrimiento es bajo dada la complejidad estructural de la empresa por la posición de privilegios de los directivos, en tanto que tienen información de la compañía para delinquir técnicamente bien —ingeniería financiera, operaciones bien maquilladas—; en segundo lugar, el derivado de que pese a que se descubra a los autores, el riesgo de condena también es muy bajo, no solo porque los casos llegan a ser ciertamente complejos (tanto en relación con los hechos como por la interpretación de los tipos penales),⁶ sino también por la posibilidad de contratar e invertir en su propia defensa, y en último lugar, por una falta evidente de cooperación de la víctima del delito con las autoridades penales.⁷ De hecho, conviene resaltar la escasa resistencia que pueden ofrecer los subordinados frente a la “actitud criminal colectiva”,⁸ en el bien entendido de que en el interior de un empresa se manejan valores y mecanismos de presión que pueden determinar que un miembro de aquella, a consecuencia de su vinculación al establecimiento y a la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, actúe de manera altruista en interés de la casa,⁹ cuando objetivamente está realizando

una conducta prohibida por el derecho penal. Es decir, el subalterno o subordinado puede encontrarse inmerso en un determinado clima en la que la exacerbación del principio del interés de la empresa, así como la estructura organizativa jerárquica, relativizan su capacidad de oponerse a la ejecución de hechos delictivos que por otros le viene impuesto.¹⁰ Desde esta perspectiva, y en los casos que pueda aplicarse la teoría penal de la autoría mediata, siendo el subordinado un mero instrumento; cabe decir que este en multitud de ocasiones será ya autor directo, y como tal, penalmente responsable, sin contar los supuestos en que el subordinado inmediatamente independiente en las escalas jerárquicas es, a su vez, ya un autor mediato plenamente responsable.¹¹

Ahora bien, el delito lo es, tanto cuando se comete en el interior como cuando se ejecuta hacia el exterior de la empresa pese a las dificultades aludidas; lo que nos lleva en síntesis a distinguir una criminalidad *ad intra o intraempresarial* que atenta contra bienes jurídicos de la propia empresa; como aquella que tiene como objetivos los bienes jurídicos de terceros, o *ad extra*. No obstante, dentro de la criminalidad *intraempresarial* es necesario distinguir, atendiendo al sujeto activo, aquella que comete cualquier empleado (como puede ser un delito de daños o de hurto) de aquella que es cometida por personas que poseen cargos con responsabilidad, en clara alusión a los directivos, en quienes se concentran las facultades de decisión y disposición de los intereses de la empresa. En este sentido, adquiere especial importancia la alusión en

⁵ Vid. PASTOR MUÑOZ, B., “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos”, *Indret*, 2006, p. 6, citando a BUSSMANN, K.-D. (2004), “Kriminalprävention durch Business Ethics, Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten”, *Zfww* 5/1, p. 37.

⁶ Vid. BUSSMANN, K.-D., ob, cit, p. 37.

⁷ Como afirma BUSMANN, K.-D., ob, cit, p. 37, pocos delitos cometidos por los directivos son denunciados por sus víctimas, pese a que gran parte de ellas afirman que su política es precisamente la de denunciarlos. Por otro lado, en los casos en que la víctima sea un trabajador, el instinto de conservación del puesto de trabajo —por temor a posibles represalias— y la desigualdad de medios entre las partes pueden influir también en la decisión de no denunciar.

⁸ Vid. TERRADILLOS, J., *Derecho penal de la empresa*, Edit. Trotta, Madrid, 1995, p. 39, para quien la actitud criminal colectiva es la escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla general, está obligado a obedecer en una escala jerarquizada.

⁹ Vid. SHÜNNEMAN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de

empresa”, Trad. Bruckner y Lascurain, ADPCP, (1988-II), pp. 529 y 533.

¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Criterios de asignación de responsabilidad penal en estructuras jerárquicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Empresa y Delito en el Nuevo Código penal*, CGPJ, 1997, pp. 32 y ss.

¹¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., Responsabilidad, p. 370. En este plano es interesante tener en cuenta la teoría del «autor detrás de autor» que formulara Roxin sobre la base de los casos Eichmann y Straschynski de la II Guerra Mundial, en cuya función se puede afirmar la autoría mediata de quien ostenta el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder —ya no por existir un dominio por coacción o error, sino sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y en la circunstancia de que el «autor detrás del autor» puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito— y, en consecuencia, sirve para abordar estos supuestos, en el mismo sentido MEINI MENDEZ, I. F., “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, *Revista de Derecho*, núm. 52, Editorial del fondo de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, p. 4.

La criminalidad intraempresarial

los tipos penales a elementos subjetivos como puede ser el abuso de la función o la deslealtad, y que se concretan en hechos que derivan de la gestión de bienes de titularidad corporativa que tiene su encaje en figuras como la administración desleal o la apropiación indebida. Por esta razón, las empresas concentran sus esfuerzos en combatir la deslealtad, intentando dotar de mayor eficacia sus “sistemas de gestión de riesgo de fraude”,¹² contemplando el derecho penal no tanto como una rama del ordenamiento jurídico que determina el castigo de los comportamientos merecedores de pena, sino más bien como un instrumento que debería servir para evitar que se repitan fraudes en el futuro para motivar a sus directivos a ser leales en la gestión de los intereses empresariales.¹³ Dentro de esta complejidad, cabe resaltar, la ya aludida relación jerárquica a la que hemos hecho referencia, y en la que no podemos negar la existencia de una desigualdad entre directivos y empleados, en un plano de relación laboral. Así, la posición de subordinación del trabajador respecto del empresario responde a una situación estructural de naturaleza económica, que tiene lugar en la empresa. En este aspecto, se entiende que la existencia de comportamientos ilegales en el seno de la empresa se debe no tanto a la eventual predisposición personal de cada individuo, sino a factores estructurales, como la división del trabajo, las relaciones jerárquicas o el sistema normativo interno.¹⁴ Es decir, para explicar el delito en el ámbito

empresarial es ciertamente necesario determinar la posición que ocupa el individuo en la misma, y el rol determinado que cumple dentro de la estructura organizacional, pues únicamente así pueden establecerse mecanismos de control, que han de estar diferenciados dependiendo de la actuación de la categoría o clase de criminalidad a la que nos enfrentemos. Por eso, es de singular relevancia dotar de contenido idóneo a los *programas de compliance*¹⁵ que son especialmente apropiados para prevenir la criminalidad, pues bajo su inobservancia podrán individualizarse las acciones que determinan el nivel y grado de responsabilidad en el hecho cometido.

2. Fuerzas divergentes en el ámbito de la delincuencia empresarial

Lo curioso en el plano de la criminalidad empresarial es el distinto análisis que merece según quien sea el sujeto activo del delito. No cabe duda que una de las cuestiones más espinosas en relación con el injusto reprochable a las personas jurídicas en el ejercicio de su objeto social es la configuración de una responsabilidad penal de las corporaciones basada en el deber de diligencia, en la posición de garante y, por tanto, en círculo penal que tiene su entramado más sobresaliente en el ámbito del delito de omisión,¹⁶ y que de mane-

¹² En relación con estos sistemas, es importante indicar en el desarrollo preventivo, que el establecimiento de la planificación dependerá de la estructura y significación que, para la entidad, puede tener cada delito en concreto. Así, el método de prevención y neutralización de estos tiene variables importantes; por ejemplo, en la prevención del delito de blanqueo de capitales será importante no recibir pagos en metálico, no aceptar transferencias desconocidas, siendo que en esta área procedería la aplicación de medidas de *compliance* ya previstas en la regulación administrativa de prevención del blanqueo de capitales en caso de que la sociedad sea considerada sujeto obligado en ese ámbito por razón de su objeto social, o en delitos contra la intimidad, establecer procedimientos internos de control del correo electrónico corporativo y de internet o control de la protección de datos y su normativa; o en materia fiscal llevar a cabo la división del departamento contable del financiero o el seguimiento del código de las buenas prácticas tributarias.

¹³ Cfr. PASTOR MUÑOZ, N., “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, disponible en www.indret.com, p. 3.

¹⁴ A. BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, 1997, p. 4. Sin embargo, junto a tales estructurales se debería agregar un factor personal adicional, como por ejemplo, la sensación subjetiva de impunidad (independientemente de que esa percepción se apoye en una base real objetiva).

¹⁵ Los criterios para elaborar un programa de *compliance* son: la diligencia debida, que tiene por objetivo unir la capacidad de la empresa para detectar los delitos y la capacidad de su eliminación de forma efectiva, criterios necesarios a tener en cuenta como “el tamaño de la empresa” el “tipo de objeto social”, el “historial de delitos o mala conducta dentro de la empresa”.

¹⁶ En este contexto, el artículo 11 del Código Penal vigente se comporta como cláusula genérica de imputación a los administradores a título de comisión por omisión de delitos de resultado cometidos por otros administradores, o bien por delitos cometidos por los subordinados que no están entre los que pueden originar responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, aunque la cláusula específica de comisión por omisión implícita en el artículo 31 bis.1b desplaza a la genérica del mencionado artículo 11, aquella solo afecta a los delitos cometidos por los subordinados en un ámbito delictivo amplio, pero limitado, como son los delitos en beneficio directo o indirecto de la sociedad que están específicamente previstos en el Código Penal como generadores de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Por otro lado, un delito que pretenda incorporar al Código Penal la muy criticada infracción administrativa del artículo 130 de la Ley de Contravenciones alemana, que sanciona la simple omisión dolosa o imprudente de medidas de control que habrían impedido una conducta constitutiva de delito o de infracción administrativa por los empleados. Aunque durante la tramitación de la reforma los defensores de la inclusión de este delito en el Código Penal argumentaban que pretendía evitar la deriva de su artículo 31 bis hacia la posible responsabilidad penal de los administradores en comisión por omisión, lo cierto es que las

ra especial afecta a los administradores¹⁷ o directivos de la misma, sobre todo cuando los hechos delictivos se provocan hacia el exterior, en aras de actuaciones en nombre de la empresa.¹⁸ Esta exigibilidad sobre el cumplimiento de un deber objetivo de cuidado, de tomar precauciones de vigilancia en los actos y hechos llevados a cabo en el interior de estas, constituyen elementos necesarios de cuya observancia depende la exención de responsabilidad penal de la propia empresa, dado que pueden imputarse distintos grados de esta por hechos ajenos. De ahí, la existencia de una fuerza obligada al establecimiento e implementación de estrategias de prevención y control,¹⁹ que debe rea-

lizarse conforme a ciertos principios que logren un equilibrio entre los intereses contrapuestos, sin que puedan desarrollarse medidas de injerencias ilimitadas en los derechos individuales de los empleados. Ahora bien, es importante resaltar que las obligaciones de control ejercidas por la empresa encuentran un contrapeso en la facultad de interpretar los hechos objeto de los tipos penales, como pudiera ser el concerniente al descubrimiento y revelación de secretos, en su aplicación particular al control del correo electrónico del trabajador.²⁰

Ahora bien, conforme a lo anterior, no cabe desconocer los sorprendentes niveles de vigilancia empresarial a partir de las nuevas posibilidades tecnológicas que, desde luego, plantean problemas ético-jurídicos en los propios ámbitos individuales del trabajador; siendo en este aspecto en donde se mueve la fuerza divergente que propicia la mesura y el establecimiento de límites en las posibilidades de injerencia. Tan es así, que la información disponible sobre un candidato a un puesto de trabajo puede llegar a extenderse a datos personales de muy distinta naturaleza. La paradoja de que la misma tecnología que convierte a los trabajadores en agentes potencialmente peligrosos permite al empresario invadir la privacidad de un modo potencialmente peligroso y también permite al empresario invadir la privacidad de un modo inimaginable.²¹ Es decir, nos movemos en la tensión que se genera entre la prevención dentro del ámbito de la propia empresa y la intimidad del trabajador. A estos fines podemos traer a colación la sentencia del caso Arroyo/Rattan Specialties, en la que se establecía que la negativa a disponerse a la prueba del polígrafo por un trabajador —se tratara esta de una prueba periódica o específica— era motivo justificado para aplicar

críticas fueron tan intensas y bien fundamentadas que han dado al traste, felizmente, con tan inmanejable tipo penal.

¹⁷ En este sentido cabe recordar que el Consejo de Administración de una entidad es y será responsable de la existencia del control interno y de un sistema de gestión de riesgos adecuado y eficaz, siendo la alta dirección responsable de su diseño, implantación y funcionamiento, para lo cual podrá servirse de la denominada “comisión de auditoría” como órgano encargado de supervisar el control interno y el sistema de gestión de riesgos aludidos. (Vid. artículo 249 de la LSC, en cuanto a las facultades indelegables del consejo relacionadas con el control interno y la gestión de riesgo, como son: 1º) La determinación de las políticas y estrategias generales de la Sociedad. 2º) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230. 3º) En el caso de sociedades cotizadas, estas facultades indelegables del consejo incluyen, además de las mencionadas, las contempladas en el artículo 529, entre las que se incluyen: 4º) Aprobación del plan estratégico o de negocios, los objetivos de gestión y presupuestos anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos. 5º) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control. 6º) La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento).

¹⁸ Cfr. GÓMEZ BENITEZ, J. M., “Relevancia penal de los modelos y órganos societarios de vigilancia y control para la prevención de delitos en la LO 1/15, de reforma del Código penal”, *Análisis GA&P*, 2015, p. 2. A efectos penales, el artículo 31 bis.1b del Código Penal establece para los administradores un específico deber de garantes, de controlar la fuente de peligro (los subordinados) en lo que se refiere a la indemnidad de los bienes jurídicos protegidos en los respectivos tipos penales. En efecto, que los delitos han podido cometerse, precisamente, por la infracción de ese deber legal, significa que —en terminología del artículo 11 del Código Penal— la inexistencia de la omisión de los administradores habría evitado el resultado delictivo. Esto significa que se les pueden imputar a los administradores a título de comisión por omisión los delitos de resultado cometidos por los subordinados, siempre que su omisión haya sido dolosa.

¹⁹ Es decir, deberá elaborar un “Plan de Actuación para la Neutralización de Riesgos Penales” propios de la actividad de la sociedad. Si una empresa dedica su actividad económica a la mera comercialización de algún producto farmacéutico, su plan preventivo

deberá establecer protocolos de actuación para evitar delitos como el de estafa, la propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores, la hacienda pública y la seguridad social, salud pública, etc., pero no tendrá que dedicar ni un solo capítulo, en términos de normalidad, a prevenir el delito de trata de seres humanos porque su actividad no guardaría relación con el objeto delictivo y, por tanto, no sería previsible que realizara la conducta descrita en el artículo 177 bis CP.

²⁰ Según la reciente Sentencia del TEDH de 29 de Junio de 2017, las empresas deben informar a los empleados por adelantado si sus cuentas de correo electrónico de trabajo están siendo monitorizadas para no infringir indebidamente su privacidad.

²¹ LINE III, F. S., *The naked Employee*, 2003, p. 213, en el mismo sentido, AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “Prevención del delito en la empresa, límites éticos-jurídicos en la implementación de sistemas de vigilancia”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, p. 6.

La criminalidad intraempresarial

suspensión de empleo y sueldo. Además, en segunda instancia, si el empleado continuaba negándose a someterse a la prueba, el empresario tenía causa justificada para imponer la separación definitiva del trabajador.²² Esta resolución, datada sobre los años 80, pone de manifiesto el juego de las fuerzas divergentes que referimos y que encuentra solución en el respeto a los derechos fundamentales, y de manera sobresaliente a la intimidad del trabajador.

Atendiendo a lo anterior, es necesario resaltar cómo en nuestra patria, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) pretende dar salida a la tensión planteada. En este sentido, la STC 99//1994²³ es clara cuando afirma que la relación laboral tiene como efecto la sumisión de ciertos aspectos de la vida del trabajador a las necesidades de la organización productiva, pero no bastaría afirmar el interés empresarial para comprimir los derechos fundamentales del trabajador. Es decir, el TC ha sido claro cuando ha resaltado que no es posible negar la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, pues concertar un contrato no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo. En consecuencia, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 38 y 33 de la CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos. Por tanto, el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni tampoco a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquel.²⁴ En síntesis, una delincuencia empresarial llevada a cabo por los em-

pleados que sirven a la misma adquiere solución de fiscalización a partir de los mecanismos que nos ofrece el régimen jurídico derivado de la relación laboral que los concierne, pues es sabido que, conforme al Estatuto de los Trabajadores, el empresario en el ejercicio del poder de dirección puede establecer controles al trabajador para el adecuado desenvolvimiento de la prestación laboral. Para ello, el empleador tiene a su disposición mecanismos tecnológicos suficientes para incrementar el control de los trabajadores.

En efecto, es una realidad que al amparo del artículo 20.3 del ET se están generalizando mecanismos de control tecnológicos. Estos instrumentos pueden ejemplificarse en videocámaras,²⁵ sistemas de registro de entradas, permanencias y salidas de la empresa a partir de tarjetas de identidad personal combinadas en ocasiones con datos biométricos, intervenciones en los correos electrónicos o teléfonos de los trabajadores, fiscalización de los contenidos visualizados en las terminales del ordenador, etc., que permiten un control del operario de la empresa, y tal como ha reiterado el TC, su licitud deberá ser valorada conforme al principio general de proporcionalidad, ponderando la intromisión en el derecho a la intimidad de los trabajadores con el interés empresarial en presencia.

Ahora bien, como ya apuntábamos, lo realmente problemático dentro de la criminalidad intraempresarial es la delincuencia a nivel del “directivo”, cuyo perfil se corresponde con el delincuente económico, y que posee un perfecto conocimiento de las oportunidades que para delinquir le ofrece la estructura de la empresa; pues sus actuaciones, dependientes de una subcultura empresarial, hacen sumamente difícil el

²² AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., ob.cit, p.7.

²³ SSTC 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, de 21 de enero; 129/1989, de 17 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 99/1994, de 11 de abril; 106/1996, de 12 de junio. En el mismo sentido, TASCÓN LÓPEZ, RODRIGO., “La protección de datos personales de los trabajadores”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, p. 460.

²⁴ Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, C., “La protección de datos en las relaciones laborales, grado de relaciones laborales y recursos humanos”, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2012-2013. ob. cit., p. 11.

²⁵ La Instrucción 1/2006 de la Agencia de protección de datos en las relaciones laborales, grado de relaciones laborales y recursos humanos, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2012-2013. a APD determinó que aquel sujeto privado que vaya a instalar sistemas de vigilancia ha de advertirlo y señalarlo de modo claro. Por otro lado, determinados pronunciamientos de los Tribunales de Justicia han entendido legítimo, por ejemplo, un sistema de lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano para el control horario del personal funcional y laboral de una determinada Administración Pública —sistema que, dicho sea de paso, no vulnera la integridad ni intimidad corporales—, en cuyo caso no sería necesario, para recabar legítimamente los datos de tal sistema derivados, obtener el consentimiento de los afectados ex artículo 6.2 de la LOPD, pues se trata de “un mero instrumento en orden a la consecución del fin básico pretendido, cual es el cumplimiento del horario y jornada laboral de todo el personal al servicio de la Administración demandada”, siendo necesario, eso sí, proceder a informar de los extremos previstos en el artículo 5 de la LOPD, como en el caso de autos la Administración implicada hizo.

establecimiento de instrumentos de control, que analizamos en el apartado siguiente.

3. Referencia a los mecanismos internos de control inhibidores de la criminalidad de los directivos en la empresa

Como es sabido, uno de los medios más usados destinados para combatir este tipo de delincuencia es el establecimiento de estrategias globales de prevención en las que se incluyen tanto las auditorías internas como externas y el fomento de los llamados *whistle-blower*²⁶ —chivatos— que informan de las irregularidades que descubren, y también en la reducción de oportunidades de delinquir. Se trata, en definitiva, de dotar de un contenido idóneo a los programas de *compliance* que son especialmente apropiados para prevenir la criminalidad debido a sus contenidos específicamente relacionados con estas. Así, por lo que respecta a las auditorías²⁷ aludidas, estas se configuran como uno de los elementos fundamentales a desarrollar por parte del *compliance* jurídico de la empresa. No obstante, el concepto de auditoría debe avanzar

hacia un modelo multidisciplinar, extenso en información, pero accesible y capaz de generar un análisis de valor más allá de los datos numéricos, como puede ser desde el acortamiento de los plazos para la emisión de informes como una mejor responsabilidad y explicación en la gestión de riesgo. En todo caso, una de las principales reformas regulatorias que incide directamente en las comisiones de auditoría de las empresas consideradas de interés público (EIPs), se encuentra directamente relacionada con el marco normativo aprobado por la Unión Europea,²⁸ y que permite a los estados miembros concretar cuestiones tan trascendentes como la prestación de servicios distintos a la auditoría o las relativas a cuestiones de selección del propio auditor. Ahora bien, por lo que respecta a los denominados *whistle-blower* y a su función delatora, su regulación jurídica está aún por llegar; y cabe decir que estos suelen ser objeto de un reproche ético cuando han sido fomentados y premiados para combatir determinados delitos, pues paradójicamente se plantean en la lucha contra la corrupción como una forma de recuperación de la ética empresarial donde se quiere responsabilizar de este modo tanto a las altas jerarquías como a cada uno de los trabajadores del desarrollo de los fines perseguidos por la empresa (o en su caso, por la administración), encontrándose directamente relacionado en cuanto que constituye un instrumento de control constitutivo de comunicación de las irregularidades que puedan producirse con las conocidas “líneas éticas”,²⁹ que vienen a fundarse en el aforismo popular “ más vale prevenir que curar”. Es decir, estas líneas éticas favorecen la transparencia y protegen a las organizaciones, estan-

²⁶ También conocidos como “alertadores” quienes necesitan de protección legal. De hecho, son muy pocos los países europeos que han promulgado normas tuteladoras de esta función, a diferencia de lo que ha ocurrido en EEUU que ofrece multitud de protecciones diferentes para los empleados de todos los sectores corporativos y agencias gubernativas. Estos canales de denuncia anónima (*whistleblowing*) constituyen una medida más propia de los sistemas establecidos en otras jurisdicciones y que en nuestro ordenamiento no ha encontrado eco hasta la fecha. Sin embargo, su implementación a mayor abundamiento siempre sumará en una valoración integral de la eficacia de la prevención corporativa. No obstante, el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades cotizadas recomienda que las sociedades encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato. El Código parte de que tales mecanismos se destinarán preferentemente a la denuncia de irregularidades financieras y contables y, sobre todo, que respetarán escrupulosamente las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

²⁷ Una auditoría consiste en la evaluación de un asunto con el fin de expresar una opinión acerca de si el mismo ha sido fielmente presentado. En este sentido, si nos centramos en el estado financiero, se ha tenido como un matiz importante el hecho que el estado de cuentas de determinadas corporaciones fuera auditada por un auditor externo e independiente. Una auditoría apuntala la confianza y la obligación de supervisión y gestión (*stewardship*) entre los que administran una compañía y sus propietarios o los que necesitan conocer la imagen fiel de la misma, los grupos de interés. Dada la importancia de este papel, a menudo se plantean preguntas sobre la auditoría, los auditores y los grupos de interés a los que prestan sus servicios.

²⁸ Tratamos con un Reglamento y una Directiva que al entrar en vigor en la UE el 16 de junio de 2014, comenzó su aplicación el 17 de Junio de 2016 (al establecerse un periodo de transición de dos años, donde los Estado miembros podrán trasponer y elegir las distintas opciones dadas por la directiva). Esta normativa europea permite a los Estados miembros un margen amplio de actuación en diversas áreas, por lo que será relevante la normativa local que apruebe cada Estado miembro en la transposición de la reforma. En el caso concreto español se aprobó el 13 de febrero de 2015 el Proyecto de Ley de Auditoría de Cuentas (PLAC) para su remisión a las Cortes Generales, que dio sus frutos en la Ley de Auditoría de Cuentas de 20 de Julio de 2015.

²⁹ La Agencia Española de Protección de Datos, en un informe de 2007, ya estableció las líneas rojas a la hora de crear sistemas de este tipo en las empresas, pues planteaba, entre otras cuestiones, que las denuncias serían confidenciales, pero no anónimas, para garantizar la exactitud e integridad de la información. Por esto, muchos expertos recomiendan externalizar este servicio para garantizar la imparcialidad.

La criminalidad intraempresarial

do especialmente dirigidas a los empleados, proveedores, clientes, y otros posibles grupos de interés de la compañía; de tal manera que se posibilite la denuncia del fraude interno, así como cualquier otro tipo de conductas no permitidas o impropias que puede afectar al capital humano, al patrimonio o a la propia reputación de la organización, por ser contrario a sus principios.³⁰ También de una manera más simple, y a modo de injerencia personal, se viene considerando como mecanismo de control los exámenes dirigidos a averiguar la integridad u honradez de la persona, con el ánimo de pretender descubrir qué riesgos de desviación presenta el candidato a un cargo en la empresa, diagnosticando antes de la contratación las personalidades criminales.³¹ En este sentido es importante resaltar la importancia de la vinculación del posible directivo con la empresa, y ese diagnóstico inicial juega un papel importante en el desarrollo de la denominada “identidad corporativa”, la cual se centra en fomentar de manera positiva la vinculación del directivo con la estructura. Desde este planteamiento se fomenta la creación de un clima de confianza y la reducción del anonimato. No obstante, la búsqueda de esta medida vinculadora tiene una eficacia limitada, esencialmente porque el cambio de los directivos de una u otra empresa es un fenómeno frecuente, porque la identificación directivo-empresa, sin pretender que aquel asuma una serie de valores morales, es débil y porque la identidad corporativa no contribuye a reducir la criminalidad *ad extra* —lo cual puede generar costes muy elevados: costes reputacionales, pérdida de contactos—.³² También existe el recurso a la ética de los negocios, mecanismo que pretende fomentar los valores morales en los directivos y que se presenta como el medio adecuado para suplir los déficit de las demás medidas de prevención de esta clase de criminalidad. En síntesis, no adentramos en lo que ha venido a denominarse “autorregulación empresarial”, consistente en la introducción en la empresa de direc-

trices éticas de comportamiento para los directivos, en el que las recomendaciones de los códigos de buen gobierno de las sociedades³³ tienen mucho que decir, pues se parte de la idea de que la causa principal de la delincuencia empresarial es la falta de valores éticos y sociales, y se considera que por ello el fomento de esos valores en los directivos y, en general, en el mundo empresarial y económico, es el modo más eficaz de lucha contra esta clase de delincuencia. En concreto, el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas está dirigido a la generalidad de las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización, según determina el mismo, no cabe descartar por ello que algunas de sus recomendaciones puedan acaso resultar poco apropiadas o excesivamente onerosas para las empresas de menor escala, y si ello ocurriera, bastará con que las sociedades afectadas expliquen debidamente las razones y las opciones elegidas: su libertad y autonomía de organización quedan plenamente salvaguardadas. No obstante, este código tiene en cuenta que la función de supervisión y control se proyecta fundamentalmente sobre el equipo ejecutivo de la sociedad, por lo que recomienda, con carácter general, que las comisiones estén compuestas exclusivamente por consejeros externos —sin incluir, a estos efectos, a los vinculados al equipo directivo— y presididas por un independiente. Aun cuando es esencial que sus miembros tengan conocimientos adecuados a las funciones que se les encomiendan, las comisiones podrán servirse en ocasiones de expertos externos, conforme a lo que establece la Recomendación 23: supuesto típico de asesoramiento externo sería, por ejemplo, el uso por la Comisión de Nombramientos de una firma especializada de cazatalentos para identificar y seleccionar posibles candidatos a consejero.

³⁰ Vid. GAT INTELLIGENCE IN COMPLIANCE, RIESGOS, “Los cinco departamentos de una empresa donde se producen más casos de fraude interno”, disponible <https://investigacioneinteligencia.wordpress.com/2014/09/12/whistleblowers-espanoles/>

³¹ Como recoge PASTOR MUÑOZ, N., ob. cit., p.7, este mecanismo es de poca utilidad en el caso de los directivos, porque los delincuentes económicos, a diferencia de otras clases de delincuentes, son socialmente discretos, y porque el perfil del buen directivo (capacidad de decisión, falta de aversión al riesgo, carácter extrovertido) coincide con el del delincuente empresarial.

³² Vid. BUSSMANN 2003, pp. 96.

³³ El artículo 61 bis de la Ley del Mercado de Valores, fiel al principio conocido internacionalmente como “cumplir o explicar” (*comply or explain*), obliga a las sociedades cotizadas españolas a consignar en su *Informe Anual de Gobierno Corporativo* “el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones”. De este modo, la legislación española deja a la libre autonomía de cada sociedad la decisión de seguir o no las recomendaciones de gobierno corporativo, pero les exige que, cuando no lo hagan, revelen los motivos que justifican su proceder, al objeto de que los accionistas, los inversores y los mercados en general puedan juzgarlos.

5. Conclusión

Como ha podido observarse a lo largo de este trabajo, lo trascendente en la materia de control de las empresas radica precisamente en la supervisión de los programas de cumplimiento, que tendrá una especial importancia en la prevención de la comisión de comportamiento desviado en los niveles más altos en la jerarquía organizativa, y para esto, también será fundamental abrir los canales oportunos de información, para que tanto directivos como empleados conozcan el contenido del programa, siendo que es la propia empresa la que debe verificar que la normativa interna advierte la posibilidad de que se realicen investigaciones y de la obligación de colaborar con ellas. En todo caso, existe un agravio comparativo que no puede ser desechado, por cuanto las empresas más pequeñas van a tener más dificultades para la implementación de tales programas, como así lo han tenido simplemente con su adaptación en la LOPD, y ello quizás por la escasa previsión de la comisión de delitos en su seno y por la falta de una cultura empresarial de esta naturaleza, que haga de su coste una auténtica necesidad.

6. Bibliografía

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “Prevención del delito en la empresa, límites éticos-jurídicos en la implementación de sistemas de vigilancia”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2009.
- BUSSMANN, K. D., “Kriminalprävention durch Business Ethics, Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten”, *Zfww* 5/1, 2004.
- GONZÁLEZ GARCÍA, C., *La protección de datos en las relaciones laborales, grado de relaciones laborales y recursos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2012-2013.
- LINE III, F. S., *The maked Employee*, 2003.
- MEINI MENDEZ, I. F., “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, *Revista de Derecho*, núm. 52, Editorial del fondo de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1999.
- PASTOR MUÑOZ, N., “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *Indret*, 2006.
- SHÜNNEMAN, B., *Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
- SHÜNNEMAN, B., “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa”, Trad. Bruckner y Lascuráin, ADPCP, (1988-II).
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Criterios de asignación de responsabilidad penal en estructuras jerárquicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Empresa y Delito en el Nuevo Código Penal*, CGPJ, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español”, *Dialnet*, 2012.
- TERRADILLOS, J., *Derecho penal de la empresa*, Edit. Trotta, Madrid, 1995.

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

Ángela Matallín Evangelio

Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

RESUMEN: La continua expansión de la legislación antiblanqueo y la deficiente redacción del art. 301 CP han determinado problemas interpretativos que aún hoy se encuentran necesitados de tratamiento. En concreto, existen dudas sobre el estándar probatorio del origen ilícito de los bienes objeto del blanqueo de capitales, así como sobre los criterios de corrección que pueden utilizarse para limitar la amplia literalidad del precepto. Son estos problemas los que pretendemos clarificar con este trabajo, cuestionando especialmente la exigencia de doble finalidad de ocultación o encubrimiento en todas las modalidades típicas de blanqueo.

PALABRAS CLAVE: Blanqueo de capitales, autoblanqueo, prueba del origen ilícito de los bienes, criterios limitadores, principios penales.

ABSTRACT: The continuous expansion of anti-money laundering legislation and the deficient wording of art. 301 CP have given rise to interpretative problems that still need to be addressed today. Specifically, there are doubts about the standard of proof of the illicit origin of the assets involved in money laundering, as well as about the criteria of correctness that can be used to limit the broad wording of the precept. It is these problems that we intend to clarify with this paper, questioning especially the requirement of double purpose of concealment or concealment in all the typical forms of money laundering.

KEYWORDS: Money Laundering, self-laundering, evidence elements of crime, limiting criteria, penal principles.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. El blanqueo de capitales tras 27 años de vigencia: hacia la inseguridad jurídica. 2.1. Desvinculación del blanqueo de capitales y la delincuencia grave. 3. Criterios restrictivos del autoblanqueo de capitales. 4. Bibliografía.

1. Consideraciones previas

Desde hace décadas asistimos a un proceso de continua expansión del derecho penal, utilizado como instrumento resolutorio de cualquier causa social, real o presunta. La concepción vehicular de esta rama del ordenamiento desplaza su entendimiento como *última ratio* hacia su percepción inversa como *prima ratio*, lo que, a su vez, puede determinar dos graves problemas necesitados de solución: El primero de legitimidad, hoy más que nunca, ya que en determinados sectores de criminalidad nos encontramos con un incremento desmedido de conductas punibles avaladas por razones de seguridad, cualquiera que sea el significado que pretendamos darle al término y a los calificativos que lo acompañan (nacional, internacional...), siempre en detrimento de la libertad; y el segundo, consecuencia del primero, de aceptación de inadmisibles vulneraciones de principios y derechos fundamentales, como por ejemplo la función que corresponde a la presunción de inocencia en el proceso penal.

Ambos problemas, ilegitimidad y vulneración de principios constitucionales, se aprecian de forma palmaria en el delito de blanqueo de capitales y en la legislación antiblanqueo en el marco de una excesiva tipicidad consecuencia de su percepción general como amenaza global contra la sociedad, lo que impone la utilización de mecanismos correctivos para su mejor prevención y represión.

Esta percepción del delito se plasma en los considerandos de algunas normas supranacionales —por ejemplo, del Convenio de Estrasburgo y también del Convenio de Varsovia—,¹ reclamando por ello la necesidad de practicar una política penal común dirigida a la protección de la sociedad frente a los delitos graves —entre los que se encuentra el blanqueo de capitales—, así como la necesidad de utilización de métodos efectivos a escala supranacional, siempre en el marco de una cooperación reforzada como mecanismos de lucha frente a la delincuencia grave organizada (blanqueo de capitales). Y son estos pronunciamientos, por tanto, los que, junto con otros de signo semejante, transmiten la idea de que la prevención y represión de ciertos delitos, como el de blanqueo que

nos ocupa, constituyen una prioridad por su carácter de amenaza global contra los intereses financieros y contra la sociedad frente a la que debemos reaccionar, permitiendo ciertas licencias jurídicas, a costa y en contra de principios fundamentales del derecho penal, para evitar males mayores. El carácter prioritario de la lucha contra el blanqueo también aparece plasmado en las directivas comunitarias, poniendo de manifiesto su *representación como un peligro especial para las sociedades de los Estados miembros* (Directiva 1991/308/CEE, de 10 de junio, considerando 3), y resaltando que:

La naturaleza evolutiva de las amenazas que plantean el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, propiciada por la evolución constante de la tecnología y de los medios a disposición de los delincuentes, exige que se lleven a cabo adaptaciones rápidas y continuas del marco jurídico por lo que respecta a los terceros países de alto riesgo a fin de dar una respuesta eficaz a los riesgos existentes y evitar que surjan otros nuevos. (Directiva UE 2015/849 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, considerando 28)²

Esta comprensión del blanqueo de capitales como amenaza real de las economías y de la estabilidad de gobiernos nacionales constituye, pues, el origen y la causa de la pluralidad de reformas legislativas existentes en distintos ordenamientos, como el español, siempre en una tendencia que genera excesos punitivos e incrementa la inseguridad e incertidumbre sobre los elementos esenciales de la infracción.³ Todo ello en el marco general de una política criminal

² La configuración del delito de blanqueo de capitales como amenaza general, que requiere la necesaria intervención del derecho penal, se mantiene en los textos comunitarios hasta la sexta directiva, cuyo considerando 1 señala que “El blanqueo de capitales, así como la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada relacionadas con el mismo siguen siendo problemas importantes a escala de la Unión, por lo que perjudican la integridad, estabilidad y reputación del sector financiero y constituyen una amenaza para el mercado interior y la seguridad interior de la Unión. Para afrontar estos problemas y completar y reforzar también la aplicación de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, el propósito de la presente Directiva es luchar contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, permitiendo una cooperación transfronteriza más eficaz y rápida entre las autoridades competentes”.

³ Cfr. GONZÁLEZ URIEL, D.: *Relaciones entre el blanqueo de dinero y el delito fiscal*, Santiago de Compostela, usc, 2021, pág. 10.

¹ Preámbulo Convenio de Estrasburgo (Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990).

expansiva,⁴ que concreta continuas modificaciones de las figuras de blanqueo, siempre orientadas hacia tipicidades extremas en las que *todo es admisible*, aun cuando con ello —y como efecto inmediato— se vulneren principios y valores de carácter fundamental.⁵

Lo cierto es que esta más que cuestionable amplitud de la legislación penal antiblanqueo, más propia del derecho administrativo que de esta rama del ordenamiento jurídico,⁶ consolidan una tendencia involucionista en sede de garantías, tratando de adaptarse a los continuos cambios⁷ normativos plasmados en los instrumentos supranacionales del momento.

⁴ *Vid.*, HASSEMER, W., “Gewinnaufspürung: jetzt mit dem Strafrecht”, en *WM (Gastkommentar)*, 1994, traducido al castellano por Miguel Abel Souto, como “Localización de ganancias: ahora con el Derecho Penal”, *RCP*, vol. 1, núm. 1, 1998; MANACOR-DA, S., “La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système”, *RSCDPC*, núm. 2, 1999.

⁵ *Cfr.*, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Barcelona, 1996, págs. 13-14; CASTRO MORENO, A., “Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales”, en J. Álvarez García, M. A. Cobos Gómez de Linares, P. Gómez Pavón, A. Manjón-Cabeza Olmeda, y A. Martínez Guerra (coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, pág. 447; BAJO FERNÁNDEZ, M., “Prólogo”, en M. Bajo Fernández y S. Bacigalupo Saggese (dirs.), *Política Criminal y Blanqueo de capitales*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009; VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012, pág. 4; MUÑOZ CONDE, F., “Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales”, en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *I congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 174, págs. 375-376; VARELA CASTRO, L., “Últimas líneas jurisprudenciales en sede de blanqueo”, en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, 2013, págs. 387-388.

⁶ VARELA CASTRO puso de manifiesto el solapamiento que existe en la materia entre el derecho administrativo y el derecho penal, yendo este último más allá que aquel. También puso de manifiesto en sentido crítico la tipicidad del delito de blanqueo por imprudencia, ya que se trata de un delito cuya tipicidad se construye sobre un elemento subjetivo del tipo, llegando a condenarse por blanqueo imprudente a quien se presume que comete la acción típica de forma dolosa, pero no resulta posible acreditarlo, o llegando también a condenarse en sede penal conductas que no serían sancionables ni en vía administrativa. Con todo, el citado autor destacó que el aspecto más preocupante de la descripción típica del art. 301 *CP* es sin duda su tacha fundamental desde la óptica de la presunción de inocencia, derecho fundamental por excelencia en el proceso penal que sin duda resulta afectado con este delito (“Problemas de legitimidad del delito de blanqueo”, en “Nuevas y antiguas cuestiones interpretativas del delito de blanqueo de capitales”, *Diario la Ley*, n.º 8339, Sección Dictamen, 24 de Junio de 2014, Año XXXV, pág. 2).

⁷ *Cf.* ABEL SOUTO, M., “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorpo-

El resultado de esta innecesaria expansión del delito,⁸ que *justificamos* desde un pretendido cumplimiento de nuestros compromisos supranacionales que no siempre existe en realidad, ha determinado la posible ilegitimidad de alguna de sus modalidades típicas, siendo especialmente cuestionable la tipicidad del blanqueo por posesión o utilización de los bienes del delito, muy particularmente en el denominado autoblanqueo de capitales, como modalidad delictiva que en su configuración actual ha determinado una especie de *supradelito*,⁹ entendiéndose por tal aquel que concurre necesariamente con la práctica totalidad de formas de delincuencia económica, y con los delitos relacionados con la corrupción.

Hoy, la realidad que acompaña la aplicación del delito de blanqueo de capitales y los imperativos supranacionales derivados de la última directiva comunitaria, la 2018/1673, cuyos efectos expansivos vuelven a sorprendernos, aconseja, de nuevo, afrontar su censura, reflejando los aspectos más relevantes de su constante retroceso garantista.

ración al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, *Ley Penal*, núm. 20, octubre 2005.

⁸ Las continuas modificaciones operadas en el delito de blanqueo de capitales a lo largo del tiempo, desde su introducción en nuestro ordenamiento —con nombre propio o sin él— y los excesos asociados a las mismas han sido puestos de manifiesto por la práctica totalidad de autores que han estudiado el delito. En este sentido, *vid.*, entre otros, ABEL SOUTO, M., “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 79, febrero 2011, págs. 5-32; CASTRO MORENO, A., “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008”, *Diario la Ley*, 7277, noviembre 2009; MUÑOZ CONDE, F., “Consideraciones ...”, *cit.*, pág. 174; del mismo, «El delito de blanqueo de capitales y el derecho penal del enemigo», en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 375-376; MORILLAS CUEVA, L., “Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales”, *Revista Foro FICP*, núm. 2, septiembre 2013, pág. 69; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 133; VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Blanqueo...”, *cit.*

⁹ MATA LLIN EVANGELIO, A., “La posesión y utilización de los bienes: excesos punitivos y criterios de corrección”, en Abel Souto y Sánchez Stewart (coords.), *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, 2017, pág. 218.

2. El blanqueo de capitales tras 27 años de vigencia: hacia la inseguridad jurídica

La ingente masa bibliográfica existente alrededor del delito de blanqueo de capitales hace pensar que no queda nada por decir sobre su realidad delictual, elementos o excesos punitivos. Sin embargo, esta afirmación, cierta hasta un momento determinado, deja de serlo cuando al amparo de una nueva resolución judicial, o tras la adopción de una norma comunitaria que directa o indirectamente incide sobre su amplia tipicidad, debemos replantearnos su análisis.

La evolución de la lucha internacional contra el blanqueo de capitales, desde su inicio a finales de los años setenta hasta la actualidad, se caracteriza, como hemos visto, por una tendencia generalizada hacia tipicidades lo más amplias posibles, aunque con ello se socaven garantías del Estado de derecho. En este marco normativo más que de evolución legislativa resulta oportuno hablar de involución, entendida la expresión como el retroceso garantista que acompaña al delito de blanqueo desde su introducción en nuestro ordenamiento hasta la actualidad, proceso involutivo que se evidencia especialmente en los cambios legislativos realizados sobre su objeto y sujetos responsables.¹⁰

2.1 Desvinculación del blanqueo de capitales y la delincuencia grave

El Código Penal de 1995, admitiendo la dimensión internacional del blanqueo de capitales y su vinculación con la comisión de cualquier *delito grave* —no solo relacionado con el narcotráfico—, tipificó el delito de blanqueo como figura afín a la receptación en el Capítulo XIV del Título XIII, entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (art. 301 CP). El tenor literal de dicho precepto, mucho más garantista que el vigente, relacionaba el delito con un objeto material derivado de cualquier delito grave, restringiendo con ello los bienes delictivos a aquellos generados por un delito fuente sancionado con una pena de prisión de más de tres años. Esta limitación objetiva resultaba coherente con la caracterización original del delito como instrumento clave en la lucha contra la criminalidad organizada para impedir que

esta llegara a disfrutar los enormes beneficios de su actividad delictiva; sentido legitimador de los bienes asociados a las formas más graves de criminalidad, que, siendo apreciable en las primeras iniciativas contra el blanqueo¹¹ y en el código de la democracia, acabará desdibujándose en sus sucesivas reformas.

Así, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, amplió los lindes del delito fuente, permitiendo que los bienes que constituyen su objeto material procedieran de cualquier delito, aunque no mereciera el calificativo de grave.

El motivo de dicha modificación, según consta en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, respondía a la finalidad de adaptar la regulación del blanqueo de capitales a la Decisión Marco del Consejo de la UE, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Sin embargo, dicha afirmación no es del todo exacta, ya que en la norma comunitaria no figuraba como exigencia de la actividad delictiva origen de los bienes que esta tuviera que asociar una pena de prisión de menos de seis meses, como era el caso de los delitos menos graves en nuestro ordenamiento, que tras la modificación de operada en el art. 301.1 CP por la LO 15/2003, podían estar en el origen de los bienes blanqueados.¹²

Por el contrario, en la norma citada únicamente se requería que aquellos Estados en cuyo sistema jurídico existiera un umbral mínimo para los deli-

¹¹ En este sentido, *vid.*, la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, ratificada por España el 30 de julio de 1990, en cuyo Preámbulo reconoce la vinculación existente entre el tráfico ilícito de drogas y otras actividades delictivas organizadas, así como la amenaza que ello supone para las estructuras estatales, constatando, al tiempo, los indeseables efectos que pueden tener para las economías lícitas.

¹² En este sentido, *vid.*, ABEL SOUTO, M., “La expansión...”, cit., pág. 4. En sentido crítico con la sustitución de los términos delito grave por delito, *vid.*, sin ánimo exhaustivo: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./VIDALES RODRÍGUEZ, C., “El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia”, en González Cussac, J.L. (dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 196, nota 26; Cfr. COBO DEL ROSAL, M., “La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales”, *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, n° 85, 2005, I, págs. 61 y 63; COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Blanqueo de capitales*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005, págs. 13, 74 y 105; Cfr. GARCÍA ARÁN, M., en Córdoba Roda, J./García Arán, M.: *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo I, Marcial Pons, 2004, p. 1155.

¹⁰ MATALLÍN EVANGELIO, A., “Las garantías perdidas en el delito de blanqueo de capitales”, en M. A. Calzadilla Medina/R. Martínón Quintero, *El derecho de la unión europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 732.

tos —como el nuestro—, el delito principal llevara aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de *duración mínima superior a seis meses*. Lo que ciertamente se cumplía con la redacción precedente del art. 301 CP, ya que los delitos graves asociaban una pena de prisión de más de 3 años, superando con mucho la exigencia comunitaria de que el delito principal estuviera sancionado con una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.

Así pues, y aunque la decisión marco, como disposición de mínimos, permitiera que la pena —mínima— del delito fuente fuera inferior a esos seis meses —como sería el caso de nuestros delitos menos graves, que tras la reforma operada por la LO 15/2003 se castigaban con una pena desde tres meses de prisión—, quizás fue muy arriesgado modificar la dicción del art. 301 CP sustituyendo los términos *delito grave* por el de *delito* simplemente —comprensivo de delitos graves y menos graves—, porque con ello se ampliaban excesivamente los contornos del objeto material del blanqueo hasta bienes procedentes de cualquier delito castigado con pena de prisión de tres meses, o incluso con otro tipo de penas.

Acaso hubiera sido más adecuado añadir en la redacción original del precepto, junto al término delito —eliminando el calificativo grave— la expresión *sancionado con pena mínima superior a 6 meses*, reproduciendo la dicción del texto comunitario, para evitar que el aprovechamiento de los efectos de cualquier delito pudiera constituir delito de blanqueo, sancionado con pena que podría ser incluso más grave que la del delito de procedencia. Problema de proporcionalidad que ya fue puesto de manifiesto por el Consejo General del Poder Judicial en su informe, reflejando los excesos que podía asociar esta ampliación objetiva, pero que no tuvo ninguna trascendencia en el texto legislativo final.¹³

¹³ Concretamente en el citado informe se señaló que “el art. 301 es reformado en el sentido de que la conducta típica se realiza cuando se adquiere, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito. Debe observarse que se ha reducido el límite mínimo de la pena de prisión hasta los tres meses, y que no todos los delitos están sancionados con pena privativa de libertad, por lo que la ampliación del ámbito objetivo del delito de blanqueo de capitales que resulta de la modificación del Código puede considerarse excesiva y excede de las pretensiones de la aludida decisión marco. Al menos debería exigirse una penalidad de más de seis meses de prisión para el delito principal. De lo contrario, el aprovechamiento de los efectos de cualquier delito es en todo caso delito de blanqueo de capitales, sancionado con pena más grave

Algunos autores criticaron la generalización del objeto material del blanqueo y su desvinculación del crimen organizado, que estaba en su génesis y fundamento, resaltando que con ello se produciría un uso excesivo del tipo penal en supuestos que quedan fuera de su razón de ser, provocando graves problemas de aplicación, lo que abonaría la necesidad de establecimiento de una lista cerrada de delitos antecedentes o su limitación al delito de drogas.¹⁴

2.1.1 Los bienes derivados de cualquier actividad delictiva y la prueba del origen ilícito

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, el legislador nacional dio un nuevo paso involutivo con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. Con ella se produjo un cambio significativo en el tenor del delito —además de otros de diferente calado—¹⁵ mediante la sustitución del término *delito* por la expresión *actividad delictiva*, cuyas consecuencias aplicativas no parecían claras.¹⁶ En sí misma dicha modificación pudiera parecer poco trascendente, en cuanto que no hay más actividad delictiva que la asociada a un delito,¹⁷ por lo que en apariencia todo seguiría igual con el nuevo texto del art. 301.1 CP; sin embargo, la apariencia de que nada cambiaba podría estar lejos de la realidad.

Dicha expresión, más laxa y amplia que la previa, que limitaba el objeto material a los bienes derivados

que la del delito de procedencia” (Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 27 de enero de 2003, pág. 73).

¹⁴ BARALLAT LÓPEZ, J., “Nuevas y antiguas cuestiones interpretativas del delito de blanqueo de capitales”, *Diario La Ley*, n.º 8339, Sección Dictamen, 24 de Junio de 2014, Año XXXV.

¹⁵ Como la tipificación específica del autoblanqueo de capitales.

¹⁶ Sobre este particular, ABEL SOUTO señala que no queda clara la finalidad perseguida con el cambio, más allá del hecho de que la locución *actividad delictiva* responde a un afán expansivo de mayor amplitud que el anterior sustantivo delito, pues parece que permitía la inclusión de las faltas en los hechos previos del blanqueo, lo que supondría una enorme ampliación del ámbito de este delito inexplicable al producirse justamente poco después de haber sido muy criticada por la doctrina la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre de 2003, que expandió desmesuradamente los hechos previos desde la delincuencia grave a cualquier delito (“La expansión...”, cit., pág. 4); vid., asimismo, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”, en Álvarez García y González Cussac (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 341.

¹⁷ No compartimos la posibilidad de enlazar la locución *actividad delictiva* con las antiguas faltas del Libro III del Código Penal, ya que su significado está claramente contrapuesto al de delito y, por ende, al de las actividades delictivas.

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

de un delito, parece más desvinculada de la prueba del delito fuente,¹⁸ facilitando el objetivo final de condenar por el delito de blanqueo. Ello supondría la consolidación de una importante línea jurisprudencial favorable a la no necesidad de probar todos los elementos y circunstancias del delito originario, con el consiguiente detrimento de garantías que dicho entendimiento podía determinar de interpretarse de forma expansiva en sede de presunción de inocencia.¹⁹

Además, abona la tesis de esta interpretación más amplia que la admisible con el tenor precedente, la evolución experimentada en los índices de criminalidad de esta forma delictual, ya que dichos índices se han multiplicado por tres desde 2010 hasta la actualidad. Quizás estos datos no sean una simple muestra de la modificación que comentamos, sino la consecuencia inmediata de la ampliación objetiva, subjetiva y conductual realizada por la LO 5/2010,²⁰ pero, sin

¹⁸ En este sentido, vid., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Receptación...”, cit., pág. 342; MORILLAS CUEVA, L.: “Aspectos dogmáticos...”, cit., pág. 73;

¹⁹ Cfr. ABEL SOUTO, M., “Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España”, en Abel Souto/Sánchez Stewart, *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 145.

²⁰ Las modificaciones introducidas en el delito de blanqueo de capitales presentan carácter fundamental. En primer lugar, asumiendo la terminología internacional, se suprime su configuración como delito afín a la receptación, pasando a utilizarse la expresión específica de blanqueo de capitales.

En segundo lugar, se produce una ampliación del delito de procedencia, desvinculándose del concepto de delito y pasando a sancionarse el blanqueo derivado de cualquier actividad delictiva, llegando a sancionarse expresamente el denominado autoblanqueo de capitales, que hasta esa fecha había sido objeto de tratamiento jurisprudencial ambiguo, aceptándose en unas ocasiones y en otras no. También se produce un incremento de las modalidades de conducta, reintroduciendo la tipicidad de la posesión y utilización de los bienes delictivos, lo que fue —y continúa siendo— objeto de dura crítica doctrinal sobre la base de distintos argumentos, muy especialmente por su posible significado vulnerador del principio *ne bis in idem*.

La normativa internacional en ese momento (2010) no imponía la tipificación de la de la posesión o utilización de los bienes derivados del delito ni tampoco la del autoblanqueo, ni la Convención de Viena, con relación a los bienes procedentes del narcotráfico, ni el Convenio de Estrasburgo, ni ningún otro texto supranacional, incluyendo las directivas comunitarias. Conclusión que hoy, en el marco de la sexta Directiva, la 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal, ha cambiado, en la medida que dicha norma impone tanto la tipicidad de las conductas posesorias y de utilización como la del autoblanqueo de los bienes, siempre que este no lo sea, precisamente, por posesión o utilización de los bienes derivados del delito propio. En definitiva, hoy, al amparo de la sexta directiva, debemos afirmar que sí es imperativa la tipicidad del blanqueo de capitales en términos

duda, la nueva expresión *actividad delictiva* facilita la condena por el delito de blanqueo.²¹

En efecto, si analizamos los datos estadísticos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial desde 2011 a 2021, apreciamos esta tendencia creciente en los índices de criminalidad por el delito de blanqueo de capitales, tal y como reflejamos en la Figura 1 de elaboración propia.

amplísimos, pero sin necesidad de llegar al tenor de nuestro art. 301.1 CP, pues, aunque ni siquiera la citada Directiva imponía el autoblanqueo por posesión o utilización de los bienes delictivos, nosotros sí consideramos pertinente su inclusión delictiva, lo que hicimos *motu proprio* desde el año 2010.

²¹ También se señala que quizás el cambio sea puramente traslativo, en el sentido de que se limita a reproducir la terminología utilizada al efecto en las directivas de la época. Sin embargo, y como señala MANJÓN-CABEZA OLMEDA, en tal caso el error es considerable, pues “en las Directivas la expresión *actividad delictiva* que designa al ilícito antecedente, se limita, según los casos, a los delitos de tráfico de drogas (Directiva 1991/308/CEE que se remite a los delitos del art. 3.1 a) de la Convención de Viena de 1988) o a los delitos graves, que son tráfico de drogas, actividades de organizaciones delictivas, casos graves de fraude, los recogidos en la DM 2002/474/JAI sobre terrorismo, corrupción y delitos castigados con pena grave de prisión de acuerdo con la normativa de cada Estado miembro (Directivas 2001/97/CE y 2005/60/CE). Por otro lado, el objeto de estos textos es solo definir las conductas de blanqueo- no los delitos de blanqueo- a los efectos de establecer un sistema preventivo. No existen estas limitaciones a concretos y graves delitos en el CP, que ha pasado de tener por delito antecedente solo al tráfico de drogas, a ampliar a delitos graves y a desbordar a cualquier delito” (“Receptación...”, cit., pág. 341.). En opinión de la citada autora podemos representarnos tres hipótesis para determinar el alcance que se pretendía dar a esta modificación. En primer lugar, considerarla como una propuesta de gran calado, con pretensión inclusiva de delitos y de las antiguas faltas, en cuanto comportamientos antecedentes del delito de blanqueo, interpretación que no compartimos desde el entendimiento de que el significado de las infracciones del desaparecido Libro III del Código Penal era claramente contrapuesto al de los delitos del Libro II, y, por ende, al de las actividades delictivas, por no haber más actividad delictiva que la asociada a la comisión de un delito, de cuyo significado se excluían las faltas. La segunda exégesis admisible de la expresión actividad delictiva sería entenderla como mera trascripción de la equivalente utilizada en normativa supranacional vinculante, sin que de ello derivara otra consecuencia que la necesaria consideración de las formas de criminalidad allí establecidas como posibles delitos antecedentes del blanqueo, lo que en nuestro ordenamiento ya se cumplía y superaba sobradamente. Y, por último, podríamos asumir que tal expresión suponía tan solo la plasmación positiva de las indicaciones realizadas a tales efectos en el Informe del Consejo Fiscal (Ob. cit., pág. 341).

Figura 1. Índices de criminalidad delito blanqueo de capitales

| <i>Condenados</i> | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 |
|--------------------|------|------|------|------|------|-----------------|------|------|------|------|------|
| Personas físicas | 95 | 111 | 115 | 187 | 216 | 198 | 114 | 264 | 278 | 151 | 228 |
| Autoblanqueo | 12 | 33 | 34 | 51 | 93 | 55 | 52 | 81 | 192 | 52 | 84 |
| Blanqueo 3º | 83 | 78 | 81 | 136 | 123 | 137 | 62 | 181 | 95 | 98 | 143 |
| Personas jurídicas | | | | | | 6 ²² | 0 | 2 | 1 | 1 | 1 |

A mi juicio, el cambio de dicción sobre el objeto material respondería tan solo al propósito de sancionar todo contacto próximo o remoto con los bienes de origen delictivo, ya que este es el sentido general que acompaña la reforma operada por la LO 5/2010 en el art. 301 CP, siguiendo las indicaciones del Consejo Fiscal, ya que la sustitución del término *delito* por la expresión *actividad delictiva* no aparecía en el Anteproyecto de 2008, por lo que nada pudo decir el Consejo General del poder judicial al respecto. En efecto, dicha modificación fue propuesta por el Consejo Fiscal en su informe,²³ señalando:

... debería también aprovecharse la reforma para sustituir la referencia a “delito” como antecedente del blanqueo por la de “actividad delictiva”, que se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS (ST TS 115/2007 de 22 enero 2007).

Así, con esta modificación se estaría dando carta de naturaleza a la doctrina del Tribunal Supremo, que ya aplicaba el delito de blanqueo sin necesidad de que existiera condena por el delito precedente, en la medida en que el alto tribunal no requería identificar suficientemente ni el delito ni sus autores, siguiendo un criterio antiformalista que no precisaba la existencia ni la constancia formal de condenas previas por el delito base del que procedían los bienes objeto de blanqueo. Razón por la cual la LO 5/2010, con la mención a la actividad delictiva, no hace sino reforzar un con-

solidado criterio jurisprudencial,²⁴ en la misma línea de tipificación amplia que preside las modificaciones realizadas en el delito desde su introducción hasta la actualidad.

En este sentido expansivo y cuestionable desde la óptica de la presunción de inocencia, si no se rodea de las garantías implicadas en este derecho fundamental, resultan especialmente ilustrativas algunas resoluciones del Tribunal Supremo que debemos analizar en sentido crítico, reclamando que la prueba del elemento *actividad delictiva previa*, aunque sea por medio de la prueba de indicios,²⁵ reúna todos los elementos que legitiman su configuración como prueba de cargo,²⁶ sin que resulte admisible la condena por delito

²⁴ ABEL SOUTO, M., “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Coord. Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N., Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011; págs. 70 y sigs.

²⁵ La llamada prueba probatoria o circunstancial es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferirse estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar (por todas, *vid.*, STC núm. 174/1985 de 17 diciembre, fundamento jurídico 3).

²⁶ Sobre el significado y exigencias de la prueba de indicios para desvirtuar la presunción de inocencia, *vid.*, con carácter general, la STC 146/2014 de 22 septiembre, cuando en su fundamento jurídico tercero afirma “que ‘según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre (RTC 1985, 174)’, a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común” o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de oc-

²² Tres personas jurídicas absueltas por autoblanqueo.

²³ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal.

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

de blanqueo tras la mera comprobación de ausencia de ingresos legítimos,²⁷ ya que en tal caso su legitimidad probatoria resultaría cuestionable.

tubre (FJ 2), ‘en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes’ (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento ‘cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada’ (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4)” (FJ 23).

En la misma línea, *vid.* la STC núm. 174/1985 de 17 diciembre, fundamento jurídico 6, cuando señala que “una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente, éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea conveniente o resulte contradictoria por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente”. *Vid.*, asimismo, la STC 284/2006 de 9 octubre, fundamento jurídico 3, cuando señala que “con relación a la prueba indirecta, se ha señalado que la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan determinados requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas. De un lado que parta de hechos plenamente probados, y de otro que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, F. 3; 124/2001, de 4 de junio, F. 12; 17/2002, de 28 de enero, F. 3; y 135/2003, de 30 de junio, F. 2). De modo que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento ‘cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada’ (entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, F. 3; 155/2002, de 22 de julio, F. 14; y 135/2003, de 30 de junio, F. 2)”.

²⁷ En este sentido, la STS 628/2011, de 22 de julio, con relación al delito de blanqueo de capitales, señala que para que la prueba de indicios enerve la presunción de inocencia se requiere “que la base indiciaria, plenamente acreditada siempre mediante prueba directa, se integre por una pluralidad de indicios -aunque con carácter ex-

Lo cierto es que algunas de las expresiones contenidas en distintas resoluciones del Tribunal Supremo sobre el delito de blanqueo pueden provocar confusión sobre su verdadero sentido, pues entendemos que, evidentemente, no estarán abogando por la no necesidad de probar el origen ilícito de los bienes, como elemento del delito de blanqueo. Sin embargo, como decimos, en alguna resolución se utilizan expresiones sin la suficiente claridad, lo que puede provocar el equívoco señalado.

Como ejemplos de estas desafortunadas expresiones que, desde mi punto de vista, deberían complementarse para que quedara clara la exigencia de prueba —aun por indicios— del elemento típico actividad delictiva, podemos citar las contenidas en la STS 667/2020, 9 de diciembre. En dicha resolución se señala que la expresión:

... actividad delictiva, con referencia al antecedente del blanqueo, resalta de mejor manera la autonomía del propio delito de blanqueo, evidenciando la innecesidad de una previa sentencia firme sobre algún otro delito, y es que, con anterioridad a la reforma, puesto que la existencia del delito antecedente era un elemento normativo del tipo, necesario para la subsunción de la conducta, a partir de la jurisprudencia de la Sala Segunda, se acabó

cepcional pueda admitirse incluso la concurrencia de uno sólo, si su determinante significación pudiera justificarlo-, que no pierdan su fuerza acreditativa por la presencia de otros posibles contraindicios que neutralicen el sentido de su eficacia probatoria y que, en definitiva, la argumentación sobre la que se asiente la conclusión probatoria última resulte plenamente razonable, desde criterios de la lógica del humano discurrir [...], a partir de la afirmación previa de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo [...] designándose como indicios más habituales en esta clase de infracciones: a) la importancia de la cantidad del dinero blanqueado; b) la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; c) lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; d) la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; e) la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; f) la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; o g) la existencia de sociedades ‘pantalla’ o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas” (fundamento jurídico primero). En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, la STS 507/2020 de 14 octubre, o la 1018/2021 de 11 enero, si bien recientemente se ha venido cuestionando la importancia del indicio b), señalando que “hora es, ya, de desvincular el cuadro indiciario relativo al tipo básico del blanqueo, de toda referencia a la relación con personas, grupos u organizaciones, para sustituirla por relación con una ‘actividad delictiva’, que es lo que exige el tipo básico como procedencia de los bienes” (STS 507/2020, de 14 de octubre).

imponiendo el criterio de que no era preciso una anterior sentencia condenatoria firme, sino que bastaba con conocer la relevancia penal del hecho precedente [fundamento jurídico primero].

A partir de estas consideraciones, debemos matizar que en ningún caso resulta admisible entender la locución contenida en dicha resolución *de que la existencia del delito antecedente, antes de la reforma, era un elemento normativo del tipo*, en el sentido de que ahora el elemento típico *actividad delictiva* ya no lo es, sin que, por lo tanto, deba ser objeto de prueba con todas las garantías. Lo único que podemos admitir con dichos enunciados es que la existencia de sentencia firme por el delito fuente no es un elemento del tipo de blanqueo, sin que, en modo alguno, podamos deducir de las afirmaciones contenidas en la mencionada resolución que la falta de prueba del elemento típico actividad delictiva admita la condena por el delito de blanqueo.

También podemos citar otras expresiones contenidas en distintas resoluciones judiciales que pueden suscitar problemas en el marco de la presunción de inocencia sin una adecuada interpretación coherente con las garantías implicadas en dicho principio. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 507/2020 de 14 octubre, fundamento jurídico 4.1, cuando señala:

... es doctrina reiterada de esta Sala la que sostiene que el delito de blanqueo es un delito autónomo de aquel al que se vinculan los capitales objeto de la actividad específicamente tipificada en el art. 301 CP, que no requiere, por ello, que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción.

A mi juicio, el delito fuente sí debería ser objeto de enjuiciamiento, entendiendo tal expresión con referencia a su necesaria valoración judicial para demostrar, aun mediante indicios, la existencia de este elemento típico del delito de blanqueo.²⁸ En este sen-

tido coincidimos con QUINTERO OLIVARES cuando señala que hay que aceptar que será precisa una apreciación de existencia de delito, aunque ese delito no pueda perseguirse, pues declarar que hubo un delito, aunque no se pueda perseguir, exige afirmar que se cumplió íntegramente una tipicidad, y eso sin un proceso penal que sostenga la afirmación, bastando con una “tipicidad indiciaria”, podría dar lugar a un recurso.²⁹

Cierto que no es necesaria una condena por el delito previo para afirmar la existencia de la actividad delictiva soporte del blanqueo,³⁰ pero entiendo que sí, y al menos, debe existir una prueba —aunque sea indiciaria— de este elemento típico en los términos de exigencia constitucional establecidos para enervar la presunción de inocencia³¹ en el procedimiento en curso, razón por la cual, necesariamente, deben evitarse expresiones ambiguas o incompletas por parte de los Tribunales que pueden dar lugar a equívocos.

En el mismo sentido crítico debemos cuestionar las afirmaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo 1018/2021, de 11 enero, fundamento jurídico 6.2, por las posibles dudas interpretativas que sus considerandos pueden determinar, cuando señala que “hemos dicho reiteradamente que la afirmación respecto a la existencia del delito antecedente del blanqueo no exige de una previa condena. Ahora bien, un pronunciamiento absolutorio respecto al mismo no puede rechazarse como intrascendente en cualquier caso”, pues esta última expresión, resulta, cuanto menos, cuestionable en su concreta utilización, ya que entendemos *que un pronunciamiento absolutorio respecto del delito antecedente siempre debe ser trascendente en la apreciación del delito de blanqueo de capitales*, pues en tal caso podría eliminar el elemento típico de la actividad delictiva previa.

Como señalamos, expresiones jurisprudenciales como las que hemos reproducido, en ausencia de la debida aclaración y complemento, pueden empañar

²⁸ Cfr., en este sentido, QUINTERO OLIVARES cuando señala que la afirmación de carácter normativo sobre la existencia previa de un delito que generó la ganancia solo la puede declarar un tribunal en condiciones de juzgar el hecho, por ser todavía perseguible (“La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.) (2018), pág. 256). En parecidos términos parece manifestarse, BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, 2015, pág. 248.

²⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “El blanqueo del tributo impagado”, *REDS*, núm. 13, Julio-Diciembre 2018, pág. 37.

³⁰ Coincidimos en este punto con las consideraciones realizadas al respecto por GÓMEZ DE LA TORRE y FABIÁN CAPARRÓS cuando señalan que por actividad delictiva debe entenderse las conductas típicamente antijurídicas, con independencia de si el autor o el cómplice del hecho es irresponsable o está personalmente exento de pena (“La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español”, *Diario La Ley*, n° 7535, Sección Doctrina, 27 de Diciembre de 2010, Año XXXI, pág. 9.

³¹ *Vid., supra*, notas 26 y 27.

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

las garantías asociadas a la presunción de inocencia, pues, por sí solas, podrían determinar excesos punitivos de inadmisibles aceptación que desdibujen la exigencia de prueba de todos los elementos del delito para la posible sanción por blanqueo de capitales, elementos entre los que se encuentra la comprobación, más allá de duda razonable, del origen ilícito de los bienes, sin cuya concurrencia no puede haber condena alguna por blanqueo de capitales.

En este sentido, son muchas las resoluciones judiciales que de forma tajante confirman la prueba necesaria de los distintos elementos del delito de blanqueo señalando sin fisuras que:

... para la condena por esta infracción, como por cualquier otra, es necesaria la certeza más allá de toda duda basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: una actividad delictiva previa idónea para generar ganancias o bienes; operaciones realizadas con esos bienes con la finalidad de ocultar su origen; y en el caso del tipo agravado que el delito previo esté relacionado con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Ninguna de esas cuestiones se puede presumir en el sentido de que pueda escapar a esa certeza objetivable. No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta.³²

A partir de estas afirmaciones, y partiendo de que “la prueba indiciaria aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada la comisión del delito de blanqueo”,³³ lo cierto es que dicho medio de prueba debe reunir las exigencias de legitimidad que permiten su configuración como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, pues en otro caso resultaría inadmisibles una condena por ese ilícito penal.

En este sentido, debemos remarcar que puede suceder que exista una mala utilización de la prueba de indicios en el delito de blanqueo cuando, de forma inadecuada, se limiten los contenidos de las resoluciones judiciales a reproducir afirmaciones genéricas

proclamadas en sentencias anteriores sobre cuáles son los indicios generales que permiten afirmar la existencia de prueba de cargo “indiciaria” del delito de blanqueo,³⁴ sin el enunciado claro de cuáles son los indicios específicos existentes sobre el origen ilícito de los bienes blanqueados (como exige el TC, *vid. STC 70/2001*), elemento sobre el que, en realidad, no puede ni debe existir meras sospechas o la simple comprobación de ausencia de ingresos lícitos,³⁵ lo que, a nuestro juicio, resulta inadmisibles.³⁶

En consecuencia, insistimos en la necesidad de no utilizar expresiones jurisprudenciales como las antedichas, o semejantes,³⁷ para evitar que la ambigüedad

³⁴ Entre otras, *vid.*, la sts 693/2015, de 12 de noviembre; la 703/2016, de 14 de septiembre; la 644/2018, de 13 de diciembre; la 725/2020, de 3 de marzo de 2021; o la 724/2020, de 2 de febrero de 2021.

³⁵ En parecidos términos, *vid.*, entre otros, VARELA, L., “La irrazonable expansión del blanqueo de capitales o ¿una expansión mal entendida?”, *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el Derecho Internacional y los sistemas nacionales* Aranzadi, 2017. A su juicio existe un recurso desmedido e indiscriminado de la prueba indiciaria en el delito de blanqueo, que conduce a infringir las garantías procesales del acusado, ya que algunos tribunales emplean frecuentemente los mismos elementos indiciarios sin especificidad. En este sentido, *vid.*, asimismo, CORCOY BIDASOLO, M., “Expansión del derecho penal y garantías constitucionales”, *Revista de Derechos Fundamentales*, 2012, núm. 8, pág. 68.

³⁶ Cf., entre otras, la sts 628/2011, de 22 de julio, cuando señala, en el fundamento jurídico cuarto, que “de todo lo anterior y como resultado del examen conjunto de los referidos hechos se desprende que, como la propia Sentencia recurrida afirma en su Fundamentación Jurídica, podrían existir vehementes y poderosas sospechas de que las importantes cantidades de dinero que fueron utilizadas en las operaciones de cambio descritas al comienzo del ‘factum’ pudieran provenir de los beneficios obtenidos previamente como producto de actividades ilícitas, en concreto de los delitos contra la salud pública cometidos por personas con las que los recurridos mantenían cierta relación, de mayor o menor proximidad, a los que también se hace alusión en ese relato fáctico, pero también resulta igualmente cierto que en la narración fáctica aprobada por el Juzgador de instancia se introduce una breve frase que adquiere una significación de relevancia esencial al afirmar en relación con el principal acusado, Marco, y los diferentes individuos a los que anteriormente se hace referencia como autores de diversas actividades de narcotráfico, que *no ha quedado probado que efectuara transacción alguna de cambio de divisas por orden de alguno de ellos*. Con semejante expresión la Audiencia excluye, por lo tanto, la posibilidad de vincular las actividades de narcotráfico con el posible delito de ‘blanqueo’ de dinero que aquí se enjuicia”.

³⁷ *Vid.*, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 15 abril 2021 cuando señala que “no era preciso la existencia de una anterior sentencia condenatoria firme, sino que bastaba con conocer la relevancia penal del hecho anterior. En definitiva, siguiendo el criterio de la accesoriedad limitada y con el apoyo que permitía el art. 300 CP, era suficiente con que el hecho fuera típico y antijurídico”. Estas afirmaciones genéricas nos llevan a cuestionar su oportunidad, por sí solas, por su carácter equívoco,

³² STS 578/2012, de 26 de junio, fundamento jurídico 9. En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, STS 1018/2021, de 11 de enero, fundamento 2.3.

³³ Entre otras muchas, *vid.*, la Sentencia núm. 578/2012 de 26 junio, fundamento jurídico 9, la sts 456/2017, de 21 de junio, o la 1018/2021, de 11 de enero, fundamento jurídico 2.3

y amplitud típica del art. 301 CP acabe convirtiendo el delito en un delito de sospecha, y, de usarlas, debemos reclamar su complemento significativo por los tribunales, reflejando de forma clara los indicios existentes y su relación específica con cada elemento típico del art. 301 CP, para impedir que puedan determinar la deriva inadmisibles de que no es necesario probar la existencia de actividad delictiva previa como elemento del tipo de blanqueo.

Está claro que puede no haber sentencia condenatoria por el delito precedente, pudiendo incluso haber prescrito el delito previo, resultar el autor inculpable o entrar en juego alguna eximente, pero debería insistirse en la necesidad de prueba particularizada de la existencia de una determinada actividad delictiva de la que proceden los bienes que luego se blanquean, para evitar problemas con el derecho a la presunción de inocencia, insistiendo y motivando la concreta prueba de indicios en este punto. En este sentido, resulta muy oportunas la utilización judicial de expresiones contundentes como las de la STS 341/2013, de 9 abril, cuando señala sin fisuras ni ambigüedades que:

... para la condena por esta infracción, como por cualquier otra, es necesaria la certeza más allá de toda duda basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: una actividad delictiva previa idónea para generar ganancias o bienes; operaciones realizadas con esos bienes con la finalidad de ocultar su origen; y en el caso del tipo agravado que el delito previo esté relacionado con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Ninguna de esas cuestiones se puede “presumir” en el sentido de que pueda escapar a esa certeza objetivable. No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta (STS nº 578/2012) [fundamento jurídico segundo].³⁸

Por último, debemos señalar que el sentido expansivo de la expresión *actividad delictiva*, en cuanto desvinculada de la necesidad probatoria del delito fuente, para facilitar la condena del delito de blanqueo, aparece confirmado en la sexta directiva, la

ya que frente a ellas cabe preguntarse cómo se prueba realmente que el hecho es antijurídico, pues es precisamente eso lo que debe quedar perfectamente acreditado para apreciar la existencia de actividad delictiva como elemento del tipo de blanqueo.

³⁸ En el mismo sentido, *vid.* la STS núm. 1018/2021 de 11 enero, fundamento jurídico segundo.

2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal, cuando en el art. 3.3 señala que:

los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sea posible una condena por los delitos mencionados en los apartados 1 y 2 cuando se determine que los bienes provienen de una actividad delictiva, sin que sea necesario establecer todos los elementos fácticos o todas las circunstancias relativas a dicha actividad delictiva, incluida la identidad del autor.³⁹

Con ello, se da respuesta legislativa a la realidad de que el establecimiento del vínculo entre unos capitales sospechosos y un *delito previo concreto* es la mayor dificultad a la hora de investigar un caso de blanqueo de capitales.

Así, para salvar estos obstáculos —y aunque con ello se vulneren importantes garantías asociadas a la presunción de inocencia— se prevé esta disposición en la norma comunitaria,⁴⁰ que parece que tiene un significado mucho más amplio que el establecido en otros textos internacionales, como el Convenio de Varsovia —citado expresamente en la propuesta de directiva—,⁴¹ en el que, con relación a los delitos

³⁹ Esta misma idea aparecía en la propuesta de Directiva cuando señalaba que la futura norma comunitaria “se limita a lo necesario y proporcionado para incorporar las normas y obligaciones internacionales (en particular en lo que se refiere a la tipificación penal del blanqueo de capitales), en consonancia con las recomendaciones del GAFI y el Convenio de Varsovia. Este último va más allá de la recomendación del GAFI, pues dispone que el hecho de que el delito principal sea competencia o no de la jurisdicción penal del país donde se cometió el blanqueo de capitales es irrelevante, y obliga a los países a garantizar la posibilidad de imponer una condena por blanqueo sin que se haya dictado condena previa o simultánea por el delito principal y sin que sea necesario determinar de qué infracción precisa se trata...”. Disposición, esta última, que se entiende necesaria “a fin de facilitar la cooperación transfronteriza y el intercambio de información y de evitar que los delincuentes saquen partido de las diferencias entre las legislaciones nacionales” (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal)

⁴⁰ En este sentido, *vid.*, DEL CARPIO DELGADO, J., “Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal”, *Revista Penal*, número 44, 2019, pág. 6.

⁴¹ En ella se indicaba, que “como han señalado Eurojust y otras partes interesadas, el requisito relativo al establecimiento preciso de los delitos principales es un obstáculo importante que puede dificultar sobremedida la lucha transfronteriza contra el blanqueo de capitales. Según Europol, la mayoría de los servicios con funciones coercitivas están obligados a demostrar el delito principal. Como

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

fuelle y para facilitar la persecución del blanqueo, ante las dificultades que podía asociar su prueba, se señaló que no era necesario determinar con precisión de qué delito previo se trataba.⁴²

En definitiva, en la actualidad —y sin perjuicio de que el sector de la criminalidad organizada de cierta entidad siga siendo *de facto* el campo preferente de su aplicación real por la jurisprudencia— el objeto del delito de blanqueo, por su referencia a los bienes derivados de cualquier actividad delictiva con los posibles problemas probatorios que puede determinar este elemento del delito, determina un ámbito de aplicación excesivamente amplio, mucho más extenso que el de la criminalidad organizada, pudiendo desde la literalidad del art. 301 CP abarcar conductas de poca entidad lesiva, lo que absolutamente nada tienen que ver con el sentido original del delito.

Esta es una de las razones por las que un amplio sector doctrinal propugna una interpretación restrictiva de la figura que no prescindiera —o al menos no totalmente— de lo que fue su sentido político-criminal originario, pues de otra forma, con la amplitud asociada a su objeto, sujetos y conductas, el resultado puede determinar una lamentable involución en sede de garantías, como las asociadas a la presunción de inocencia, que podrían quebrar si se malinterpreta la genérica afirmación de innecesidad de condena del delito fuente o la exigencia de probar el delito en todos sus elementos, más allá de toda duda razonable, desdibujando con ello las garantías implicadas en este principio fundamental.⁴³

indican tales servicios, el establecimiento de un vínculo entre unos fondos sospechosos y un delito principal concreto es la dificultad de mayor calado a la hora de investigar el blanqueo de capitales [...]. Todos los países que intervinieron en este asunto subrayaron que el principal obstáculo era vincular los fondos a un delito principal concreto. Incluso en los Estados miembros en los que la mera demostración de la imposibilidad de que los capitales procedieran de una fuente legal permite obtener una condena por blanqueo de capitales suelen exigirse indicios de actividad delictiva para obtener una condena o un decomiso. Por lo tanto, el planteamiento adoptado en esta disposición es coherente con los requisitos del Convenio de Varsovia y con las prácticas nacionales” (pág. 16).

⁴² En concreto el art. 9.6 del Convenio de Varsovia, señaló que “cada Parte garantizará que pueda imponerse una condena por blanqueo en el sentido del presente artículo cuando se haya probado que los bienes objeto de una de las acciones enumeradas en los apartados 1.a) o 1.b) del presente artículo provienen de un delito principal, sin que sea necesario determinar con precisión de qué delito principal se trata”.

⁴³ El considerando 12 de la Directiva 2018/1673 señala a tales efectos que “a fin de garantizar la eficacia de las medidas penales contra el blanqueo de capitales, debe resultar posible la condena

3. Criterios restrictivos del autoblanqueo de capitales

La configuración originaria del delito de blanqueo de capitales en nuestro ordenamiento y en el resto del mundo venía referida a una legitimación de capitales producto de un delito realizada por quien no había intervenido en el mismo ni como autor ni como partícipe. Este significado del blanqueo de capitales como blanqueo de tercero se desdibujó con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio,⁴⁴ mediante la tipificación expresa del denominado autoblanqueo de capitales.

Gran parte de la doctrina se ha pronunciado de forma crítica con la expansión experimentada por el delito de blanqueo, poniendo de manifiesto:

... la progresiva desvirtuación de su sentido, que comienza cuando el blanqueo abandona la condición de infracción independiente, que puede aparecer tras la comisión de delitos generadores de bienes, pero en la que no han de intervenir los propios autores y partícipes de esos delitos.⁴⁵

En los textos supranacionales también se partía de esta configuración del blanqueo desvinculado de los responsables del delito principal, permitiendo con carácter general que los Estados signatarios de los tex-

por blanqueo sin que sea necesario determinar con precisión qué actividad delictiva generó los bienes, ni exigir una condena previa o simultánea por dicha actividad delictiva, siempre que se tengan en cuenta todas las circunstancias y pruebas pertinentes. Confiando en el apartado tercero del art. 3, referido al delito de blanqueo, que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que: a) la existencia de una condena previa o simultánea por la actividad delictiva de la que provienen los bienes no constituya un requisito previo para una condena por los delitos mencionados en los apartados 1 y 2; b) sea posible una condena por los delitos mencionados en los apartados 1 y 2 cuando se determine que los bienes provienen de una actividad delictiva, sin que sea necesario establecer todos los elementos fácticos o todas las circunstancias relativas a dicha actividad delictiva, incluida la identidad del autor”.

Por su parte, VARELA CASTRO remarca que “la mayor preocupación del delito de blanqueo gravita sobre la presunción de inocencia, piedra angular del sistema represivo, ya que por la propia técnica legislativa utilizada para la descripción típica, lo difícil a veces es demostrar lo que no ha ocurrido, ya que la descripción del tipo se ha realizado de tal forma que es irrefutable” (“Problemas de legitimidad del delito de blanqueo”, en “Nuevas y antiguas cuestiones interpretativas del delito de blanqueo de capitales”, *Diario la Ley*, n.º 8339, Sección Dictamen, 24 de Junio de 2014, Año XXXV, pág. 2).

⁴⁴ MATALLÍN EVANGELIO, A., “Las garantías...”, cit., pág. 741.

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G., “El blanqueo...”, cit., pág. 27.

tos internacionales (Convenio de Estrasburgo, Convención de Varsovia...) excluyeran la punición del blanqueo realizado por el autor o participe en el delito fuente si con ello podían producirse vulneraciones de principios y conceptos básicos del ordenamiento interno.⁴⁶

Partiendo de esta realidad, y situados en el ámbito normativo nacional, podemos afirmar que esta configuración del delito es la deseable, pero realmente no era la establecida en el código de 1995, ya que, aunque el art. 301 CP en su redacción original no tipificaba de forma expresa el autoblanqueo de capitales, sí permitía su punición a través de la cláusula abierta contenida en dicho precepto, *como realización de cualquier otro acto* distinto de los enumerados en su inciso primero —adquisición, transmisión o conversión—, siempre que se realizara con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los responsables a eludir las consecuencias legales de sus actos. Así se aceptaba expresamente por la jurisprudencia, aunque de forma minoritaria en algunas resoluciones,⁴⁷ como, por ejemplo, en la Sentencia 1293/2001, de 28 de julio,⁴⁸ en la que se declara:

⁴⁶ Sobre la evolución del delito en la normativa supranacional, vid., *in extenso*, MATA LLÍN EVANGELIO, A., “El blanqueo de capitales en la normativa internacional: obligaciones derivadas en el ordenamiento jurídico español”, en Vidales Rodríguez (coord), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa / Tirant lo Blanch*, 2014, págs. 275-294.

⁴⁷ Hasta el año 2009 no se utiliza por vez primera la expresión específica de autoblanqueo de capitales en la jurisprudencia, aunque la figura, como blanqueo realizado por el autor o participe del delito principal, tal y como hemos visto, sí es objeto de reconocimiento con anterioridad a dicha fecha. En la doctrina la utilización del término autoblanqueo de capitales es posterior, no siendo hasta el año 2013 que se generaliza en los distintos trabajos dedicados al análisis de la figura (por todos, vid., DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales”, en III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de dinero, M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, Valencia, 2013; FARALDO CABANA, P., “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, EPC, (34), 2014; MATA LLÍN EVANGELIO, A., “El autoblanqueo...”, cit.).

⁴⁸ En el mismo sentido, favorable a la punición autónoma del delito previo y el posterior blanqueo realizado por el participe en el delito origen de los bienes, aunque sin utilizar específicamente la expresión autoblanqueo, se manifiesta la STS 1597/2005, de 21 diciembre, cuando señala que: “el que pone en marcha un complejo entramado aprovechando las oportunidades que proporcionan las entidades financieras o sociedades interpuestas, desarrolla una actividad que adquiere sustantividad propia y se sitúan por encima y al margen de las fuentes originadoras del dinero ilícito, ya sea el tráfico de drogas o cualquier otra modalidad de crimen organizado. En estos casos, es posible y exigible deslindar las dos actividades sin

“... tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva “o” entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, “o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...”. Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal”.⁴⁹

De esta forma, podemos afirmar que, aunque el Código Penal de 1995 no configuraba realmente el delito de blanqueo de capitales como blanqueo de tercero, su configuración subjetiva se encontraba más próxima a este significado que la del texto vigente, que expresamente criminaliza el autoblanqueo de la forma más amplia posible, en detrimento de las garantías implicadas en los principios de proporcionali-

perjuicio de que pueda existir una conexión entre los que participan en la generación de los beneficios ilícitos y los que dirigen todo el entramado para sanear los beneficios y dar apariencia de legalidad introduciendo en el tráfico mercantil y financiero importantes sumas de dinero. Esta actuación incide sobre otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un peligro evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad a la que se envía un mensaje demoledor que afecta a los valores éticos. Si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia, estimamos que no existe duplicidad sancionadora y que la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad”.

⁴⁹ Fundamento jurídico décimo tercero. De modo distinto, también existía una corriente jurisprudencial desfavorable a la aplicación del autoblanqueo de capitales con argumentos dispares, como, por ejemplo, la STS 1584/2001, de 18 de septiembre (Fundamento jurídico Décimo); la STS 94/2006, de 10 de febrero (Fundamento jurídico Séptimo); la STS 550/2006, de 24 de mayo (Fundamentos jurídicos Undécimo y Decimotercero); la STS 1637/1999, de 10 de enero de 2001 (Fundamento jurídico Segundo); o la STS 1071/2005, de 30 de noviembre (Fundamento jurídico Segundo).

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

dad, lesividad, o *ne bis in idem*. Es por ello que en el marco del texto punitivo originario de 1995, y hasta el año 2006, en el que se dictó un acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda —adoptado en su reunión del día 18.07.06—, que señaló que “el artículo 301 Código penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”, la praxis jurisprudencial rechazaba de forma mayoritaria la punición del blanqueo realizado por el autor o participe del delito principal.

Por lo tanto, hasta la reforma operada por la LO 5/2010,⁵⁰ que introdujo específicamente la figura del autoblanqueo de capitales, podemos distinguir dos periodos en el tratamiento de este delito por parte del Tribunal Supremo: uno, desde la introducción del art. 301 CP en el Código Penal de 1995 y hasta la aprobación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006, en el que el Alto Tribunal rechazó con carácter general la punición del sujeto que realizaba alguna de las modalidades de blanqueo cuando el mismo había sido participe en el delito de procedencia de los bienes, y otro, desde esa fecha hasta la actualidad, en el que predominan las resoluciones favorables a la punición del autoblanqueo, con o sin utilización específica de esta denominación. Así pues, de conformidad con lo dicho, también en sede subjetiva apreciamos una tendencia involucionista (siempre en sentido de retroceso garantista) en la regulación del delito de blanqueo, transitando legalmente desde una configuración implícita del delito autoblanqueo, con la redacción original del art. 301.1 CP, hasta su tipificación expresa por la LO 5/2010 en los términos más amplios posibles, con todos los problemas de legitimidad que ello determina.

En este punto debemos aclarar que cuando utilizamos la expresión *máxima amplitud típica del autoblanqueo* estamos reflejando una realidad que enlaza su realización con todas las modalidades de conducta constitutivas de blanqueo —adquisición, conversión, transmisión, posesión y utilización del producto del

propio delito—, lo que, en su relación con cualquier actividad delictiva de procedencia de los bienes, determina una tipicidad sin límites y una inadmisibile realidad concursal entre el delito fuente y el posterior autoblanqueo, por el solo hecho, por ejemplo, de que el autor o participe simplemente posea o utilice los efectos derivados de su propio delito, que, lógicamente, quebranta las garantías implicadas en alguno de nuestros principios penales, y, de forma especial, las asociadas al principio *ne bis in idem*. Inadmisibile realidad concursal que ha tratado de corregirse por distintas vías, como la utilizada en la STS 265/2015, de 29 de abril, hoy doctrina dominante,⁵¹ que establece como criterio de corrección de la amplitud literal de esta figura la exigencia de que la conducta se realice con la finalidad de *ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar al participe en la infracción precedente a eludir las consecuencias legales de sus actos*; criterio corrector que, a nuestro juicio, y como veremos, resulta cuestionable.

3.1 La finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes como criterio limitador en la jurisprudencia⁵²

Los abusos punitivos que generaba la aplicación literal del autoblanqueo de capitales, especialmente en su relación con las conductas de posesión o utilización de los bienes derivados del delito previo, fueron ob-

⁵¹ Entre otras muchas, *vid.*, las SSTs 653/2015, de 3 de noviembre de 2015; 165/2016, de 2 de marzo; 331/2017 de 10 de mayo; STS 108/2019, de 5 marzo, STS 725/2020, de 3 de marzo.

⁵² Aunque la finalidad de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos se ha considerado aplicable por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia a todas las figuras delictivas del art. 301 CP (con carácter general, *vid.* la STS 265/2015, de 29 de abril), y, por lo tanto, también a los tipos de autoblanqueo, consideramos que esta finalidad carece de sentido cuando nos encontramos con la ejecución de las conductas blanqueadoras por el propio autor o participe del delito principal. Es decir, que podemos entender que se limite la punición del autoblanqueo por la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes (aunque nosotros no estemos de acuerdo), pero rechazamos la posibilidad de limitar la operatividad de esta figura por la finalidad de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, porque supone un contrasentido legal cuando la persona a la que se ayuda es uno mismo.

Entendemos que el significado de la expresión analizada, *ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*, parece referirse al auxilio de un tercero, distinto del que está realizando el acto de ayuda (supuesto que, por tanto, el de ayuda a tercero, ya no constituiría un supuesto de autoblanqueo).

⁵⁰ La LO 5/2010, origen de la mayor y más amplia modificación del delito de blanqueo de capitales, ha sido considerada como manifestación del sentimiento de inseguridad y de vindicación que surge como consecuencia de los delitos sexuales, financieros, de la corrupción, así como de la criminalidad organizada y terrorista”, y “el sesgo crecientemente criminalizador de las “demandas sociales” internas, unido a la sensibilidad creciente de los gobiernos frente a las encuestas de opinión, explica por tanto no pocos de los contenidos del texto legal” (SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Expansión...”, *cit.*, pág. 62).

jeto de crítica judicial,⁵³ articulando mecanismos de corrección para limitar su amplia operatividad. Sin embargo, en lugar de aplicar los principios penales como límite de punibilidad, como sería lo adecuado, recurrieron a la aplicación de un doble elemento finalístico en todas las conductas del art. 301 CP, cuya oportunidad debemos cuestionar.

Este criterio restrictivo comenzó a generalizarse a partir de la STS 265/2015, de 29 de abril, que marca un antes y un después en el tratamiento del delito de autoblanqueo de capitales, ya que desde su adopción la práctica totalidad de pronunciamientos han aceptado sus consideraciones para limitar la aplicación de esta figura. No obstante, y sin menospreciar la importancia de tal resolución, debemos señalar que sus contenidos no fueron inéditos, sino que ya se encontraban plasmados en otras resoluciones previas de

menor calado,⁵⁴ que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del delito de autoblanqueo, como infracción asociada a otra de carácter principal,⁵⁵ pusieron en tela de juicio su legitimidad desde la óptica de distintos principios penales, como el de proporcionalidad, el de lesividad,⁵⁶ o, muy especialmente, el principio *ne bis in idem*.

Así pues, podemos afirmar que con la citada sentencia se unificaron los variados criterios jurisprudencia-

Es decir, que el blanqueo para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos parece tener sentido cuando se ayuda a un tercero distinto de uno mismo. Cabe perfectamente que una persona ayude al sujeto que ha participado en el delito principal para que eluda las consecuencias legales de sus actos, y en tal caso realizará un delito de blanqueo por dicha ayuda, pero no parece lógico afirmar que existe autoblanqueo cuando la conducta típica se realiza para ayudar a la persona que ha participado en el delito principal, si esa persona eres tú mismo, autor o participe en el delito fuente, que eres el que te ayudas a eludir las consecuencias de tus propios actos. En definitiva, la finalidad de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, como finalidad típica del blanqueo, parece que casa -y puede exigirse- a un sujeto que ayuda a otro -que no es él mismo- a sustraerse de las consecuencias jurídicas del delito; ayuda a un participe distinto de ti mismo, que lógicamente ya no supondrá un supuesto de autoblanqueo. Ayudarte a ti mismo como exigencia del delito de autoblanqueo no parece que tenga sentido, entendiéndolo que, por el tenor de esta finalidad, solo debe referirse a supuestos de ayuda a tercero en los términos antes indicados.

A mi juicio esta tipicidad supondría un contrasentido legal, igual que ocurre con el término *a sabiendas*, pues cuando esta exigencia se refiere al sujeto que ha cometido el delito propio, que, naturalmente, en cuanto participe del delito de procedencia, conoce perfectamente (*a sabiendas*) el origen ilícito de los bienes, dicha expresión carece de lógica (entre otros, *vid.*, Matallín Evangelio, A., “El ‘autoblanqueo’ de capitales”, *Revista General de Derecho penal*, 20 (2013), pág. 19; Campos Navas, D., “Lavado de dinero y delito fiscal. Posibilidad de que el delito fiscal sea el delito precedente al de blanqueo”, *Diario la Ley*, nº. 6383, Sección Doctrina, Ref. D-295, 21 diciembre 2005; Fabián Caparrós, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, pág. 405. En el mismo sentido, *vid.*, DEL CARPIO DELGADO, J.: “Hacia la pancriminalización...”, *cit.*, pág. 33).

⁵³ Debemos tener presente que el análisis de esta cuestión en la doctrina no constituye el objeto de nuestro estudio, centrado en el tratamiento de la materia en la praxis jurisprudencial.

⁵⁴ Como por ejemplo la STS núm. 1080/2010, de 20 de octubre, que expresamente señala “sobre la cuestión planteada de si es cualquier acto de ‘adquisición, conversión o transmisión’ del bien de ilícito origen un comportamiento típico o, como para los demás actos a que se refiere el apartado 1 del artículo 301, se requiere también, para que la adquisición, conversión o transmisión sea típica, que se ordene por los autores a las finalidades antes indicadas -ocultar o encubrir ese origen ilícito, o que el participe en el origen ilícito eluda las consecuencias legales de su acto-. Es decir, si una adquisición o transmisión de un bien generado en un delito es en sí mismo un acto ‘neutro’ que requiere aquella doble eventual finalidad de ocultación de la ilicitud o ayuda a elusión de consecuencias para adquirir relevancia típica (...)”, y “para responder a la cuestión la forma de expresarse el apartado 1 del artículo 301 del Código Penal suscita dudas. La posición de la coma después de la palabra delito, separando, por un lado, los actos de adquirir, convertir y transmitir, de, por otro lado, cualquier otro acto, parece sugerir que la exigencia de las citadas finalidades se contrae exclusivamente a los actos que sean diversos de aquellos que consisten en adquirir convertir o transmitir. Lo que implicaría que cualquier entrega de dicho bien sería siempre, supuesto el elemento subjetivo de la consciencia o la temeridad en la imprudencia, un delito de blanqueo (...)”, concluyendo que «no parece que tal sea la voluntad legislativa al tipificar este delito de blanqueo (...)», exigiendo finalmente y por tanto la exigencia de la doble finalidad de ocultar o encubrir o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (fundamento jurídico décimo cuarto). En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, la STS núm. 884/2012, de 8 de noviembre o —aunque de manera menos clara— la núm. 313/2010 de 8 abril.

⁵⁵ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, que utiliza la expresión de delito de referencia (“Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: Receptación y blanqueo de capitales”, en *Derecho penal parte especial*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, 2022, p. 540).

⁵⁶ La STS núm. 884/2012, de 8 de noviembre, destaca la “insuficiencia de la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, una vez superado el requisito de que la cuantía del objeto material sea relevante, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, cual es atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, que deberían ser abarcados por la intención del autor, en su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas”. Por su parte, la sentencia 809/2014 propone la restricción teleológica del precepto, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, al que no pueden serle privadas las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas.

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

denciales de restricción del delito de autoblanqueo, condicionando prácticamente desde este momento su punición al hecho de que el autor o participe del delito propio realizara alguna de las conductas tipificadas en el art. 301.1 CP con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los responsables a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.⁵⁷

En concreto, la STS 265/2015 señaló:

...no nos encontramos ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito, lo que conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta típica, y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio *non bis in idem* en los supuestos de autoblanqueo. Por el contrario, el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo. La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C. P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido [fundamento jurídico noveno].

⁵⁷ *Vid., supra*, nota 52 nuestra opinión sobre la posibilidad de enlazar con el autor o participe del delito previo la finalidad de ayudar a los partícipes en el delito de procedencia a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

Dejando a un lado el significado de esta última afirmación, referida a la lesión del bien jurídico protegido, que no compartimos, en la medida que claramente alguno de dichos comportamientos, como por ejemplo los actos de conversión, si parece que pueden afectar al bien jurídico orden socioeconómico,⁵⁸ aunque no se realicen con las finalidades señaladas de ocultar o encubrir, debemos remarcar que los argumentos sobre los que se ha construido la exigencia de la doble finalidad como criterio corrector del autoblanqueo de capitales en la resolución antedicha —y en las que se basan en ella— no son sólidos, debiendo cuestionarse su oportunidad por varias razones.

En primer lugar porque la exigencia del elemento intencional en todas las conductas de autoblanqueo⁵⁹ implicaría que también la tipicidad de la tenencia y de la utilización de los bienes derivados del delito dependería de su concurrencia, lo que no parece coherente con el significado propio de la posesión y de la utilización de dichos bienes, que no se compagina bien con los fines de ocultación o encubrimiento⁶⁰

⁵⁸ Aunque prescindimos del análisis del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, si debemos poner de manifiesto que cualquiera que sea la opción mantenida al respecto, salvo excepciones, el orden socioeconómico siempre aparece, solo o acompañado, considerado como objeto de tutela.

⁵⁹ Y de blanqueo, aunque no son objeto específico de análisis en este epígrafe.

⁶⁰ Cfr., la STS 725/2020, de 3 de marzo, fundamento jurídico décimo séptimo, cuando señala que “una vez incorporadas a la tipicidad del blanqueo por la reforma de 2010 las conductas de “poseer o utilizar” se impone necesariamente excluir de la sanción penal como blanqueo comportamientos absolutamente inidóneos para comprometer el bien jurídico protegido por no estar orientados ni a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes ni a ayudar a eludir la persecución del delito base”. En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, la STS 149/2017, de 9 de marzo (fundamento jurídico décimo octavo), la 507/2020, de 14 de octubre, fundamento jurídico 278, o la 624/2021, de 17 de julio, fundamento jurídico 3.2.

En la doctrina también se destaca que las conductas de posesión y utilización de los bienes tienen un significado ajeno al sentido general del blanqueo de capitales. En este sentido, *vid.*, entre otros, ABEL SOUTO, M.: *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, págs. 86-87; BLANCO CORDERO, I.: *El delito...*, cit., pág. 472-473; DEL CARPIO DELGADO, J.: “La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”, *Revista General de Derecho Penal*, 15, 2011, pág. 18; VIDALES RODRIGUEZ, C.: *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, Centro para la Administración de Justicia, Florida International University, Miami, 1998, pág. 11; GÓMEZ RIVERO, C.: “La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito?”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 121, I, Época II, mayo 2017, pág. 44. FERNÁNDEZ TERUELO J.G., “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de

cuando el sujeto que los posee o utiliza es el autor o participe del delito principal, pues en este caso, lógicamente, poco o nada ocultará al poseer los bienes o utilizarlos. Es decir, que la exigencia jurisprudencial⁶¹ del doble elemento intencional de ocultar o encubrir en la totalidad de conductas del art. 301.1 CP puede resultar incoherente en su relación con aquellas conductas que por su propio significado no sirven como mecanismos de ocultación o encubrimiento, lo que ocurre, sin duda, cuando quien posee o utiliza los bienes delictivos es el responsable del delito del que los mismos proceden.⁶²

En otras palabras, la exigencia general de la doble finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de

blanqueo, la ampliación del decomiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas”, *Diario La Ley*, 22 de junio de 2011; MORILLAS CUEVA, L., “Aspectos dogmáticos y político criminales del blanqueo de capitales”, en *Revista Foro FICP*, septiembre 2012, págs. 84. En el mismo sentido, el propio CGPJ en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reforma del Código penal señala que “cuando el Anteproyecto de 2008 pretende sancionar a quien simplemente posee o utiliza los bienes conociendo su origen delictivo (incluso por imprudencia grave), no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición, añadiendo que, de cualquier forma, y, en todo caso, si se considera que la posesión o utilización de los bienes por terceras personas ajenas al delito del que provienen son conductas que contribuyen a ocultar o a encubrir el origen ilícito de aquéllos, es obvia la inutilidad de las nuevas modalidades de la acción típica, ya que el artículo 301.1 incrimina expresamente la realización de ‘cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito’”.

⁶¹ En el ámbito doctrinal aceptan esta misma exigencia, entre otros, los siguientes: GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, I, 2007, págs. 11 y ss.; FARALDO CABANA, P.: “Antes y después...”, cit., págs. 62 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, J.: “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, *InDret*, Barcelona, octubre 2016, pág. 11; LASCURAÍN SÁNCHEZ, A.: “El blanqueo: concepto y lesividad”, *RIT*, nº 3 enero-abril 2017, pág. 4.

⁶² Con carácter general el Consejo General del poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2008 señaló que con la reintroducción de la tipicidad de la posesión y de la utilización de los bienes derivados del delito no se estaban incriminando conductas que resultaran propiamente de blanqueo, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición (pág. 120). Si estas conclusiones resultaban y resultan oportunas en su relación con las conductas de posesión o utilización de los bienes delictivos de tercero, sin duda lo son mucho más cuando el sujeto que posee o utiliza los bienes es el participe en el delito de procedencia.

los bienes como requisito de tipicidad en el delito de blanqueo y de autoblanqueo de capitales determinará que las conductas de posesión y de utilización de los bienes delictivos deberían resultar atípicas cuando se realicen por el autor o participe del delito principal, por no ser aptas para el cumplimiento de ninguna de las citadas finalidades de ocultación o encubrimiento (tal y como se exige), razón por la cual el autoblanqueo por posesión o utilización debería haberse configurado como una excepción de la citada exigencia general, lo que, sin embargo, no ha ocurrido, propiciando la consiguiente fisura en la construcción.⁶³ Esta excepción sería, además, coherente con las disposiciones contenidas en la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal, que no obliga a tipificar el autoblanqueo de capitales por posesión o utilización de los bienes en el artículo 3.5.⁶⁴

En segundo lugar, debemos señalar que resulta cuestionable la exigencia de doble finalidad en todas las modalidades de conducta del art. 301 CP, y, específicamente, en el delito de autoblanqueo,⁶⁵ por razones de legalidad, en la medida que no está claro que la dición del art. 301.1 CP permita tal limitación.

En efecto, el tenor literal del art. 301.1 CP pudiera abonar una conclusión distinta a la que establece la STS 265/2015, de 29 de abril.⁶⁶ En ella se indica que

⁶³ En este mismo el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2008, pág. 123, cuando con relación a la posesión o utilización de los bienes delictivos por el autor o participe del delito principal señala expresamente que “Es, pues, muy necesaria una cláusula que excluya del tipo, al menos, a quienes han intervenido como autores o partícipes en el delito patrimonial o socioeconómico”.

⁶⁴ “Art. 3.1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas, cuando se cometan intencionadamente, sean castigadas como delito: a) la conversión o la transmisión de bienes, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias legales de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción, de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva. [...] 5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la conducta a que se refiere el apartado 1, letras a) y b), sea castigada como delito cuando sea cometida por personas que hayan realizado la actividad delictiva de la que provienen los bienes o que hayan participado en ella”.

⁶⁵ Objeto de este epígrafe.

⁶⁶ Y del resto de resoluciones que siguen sus considerandos.

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

la redacción típica en dos incisos del citado precepto puede conducir a entender que la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los responsables solo resulta aplicable al segundo grupo de conductas allí descritas, esto es, a la realización de cualquier otro acto distinto de la adquisición, conversión, transmisión, posesión o utilización de los bienes derivados del delito propio o ajeno, conclusión que dicha resolución entiende inadmisibles considerando que la esencia del delito es precisamente esa *finalidad de ocultar o encubrir*.⁶⁷

Lo cierto es que esta exégesis resulta cuestionable, pues, aunque el loable objetivo de la sentencia citada fuera restringir el amplio tenor del precepto, ello no permite “tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente”.⁶⁸ Y gramaticalmente, como la propia resolución reconoce,⁶⁹ la redacción típica conduce claramente a entender que la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los responsables solo resulta aplicable al segundo grupo de conductas, esto es, a la realización de cualquier otro acto —distinto de los de adquisición, posesión, utilización, conversión, transmisión, de los bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona— para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

La interpretación de las normas de forma compatible con la Constitución exige necesariamente el respeto del principio de vigencia, rechazando las opciones interpretativas contrarias a ella, con el imperativo respeto del tenor literal de la norma. Y ello porque la efectividad del principio de conservación no alcanza “a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos”.⁷⁰

En definitiva, “la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello im-

plicaría desfigurar y manipular los enunciados, usurpando funciones que corresponden al legislador [...], siendo inadmisibles la reconstrucción de la norma contraria al texto de la ley”.⁷¹

En consecuencia, la interpretación coherente del art. 301.1 CP debe partir de su tenor literal sin desfigurarlos, y dentro del mismo optar por aquella exégesis que resulte conforme con la Constitución. Y la posición de la coma en el texto del art. 301 CP *parece*, tal y como se reconoce en la propia jurisprudencia,⁷² que circunscribe la doble finalidad de ocultar o encubrir al segundo grupo de conductas, excluyendo de dicha exigencia las conductas tipificadas con anterioridad.⁷³ Y en este sentido, y ciertamente, debemos añadir que no es que lo *parezca*, sino que el tenor del precepto confirma dicha conclusión.

Cuestión distinta es que dicha tipificación pueda determinar vulneraciones de principios y derechos constitucionales, lo que, sin duda, debería conducir a la aplicación de criterios de corrección en sede judicial, y, en última instancia, a la reforma del precepto. Sin embargo, y desde esa afirmación, lo que no resultará admisible en ningún caso es una interpretación *contra legem* que *ab initio* y con carácter general desfigure el tenor del art. 301.1 CP, incluyendo re-

⁷¹ STC 24/2004 (fundamento jurídico 6).

⁷² Antes y después de la STS 265/2015, 29 de abril. En esta dirección, vid., entre otras, la STS 1080/2010, de 20 de octubre, y las SSTs 30/2019, de 29 de enero o la 108/2019, de 5 de marzo.

⁷³ En el mismo sentido se manifiesta un amplio sector doctrinal. Cfr., por todos, BLANCO CORDERO, I.: *El delito...*, cit., 659. ABEL SOUTO, M.: “Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español”, en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 175-247, pág. 187 y 325; del mismo, “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 85-86; MORILLAS CUEVA, L.: “Aspectos dogmáticos...”, cit., pág.82; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, Miami, 1998, págs. 96-97; GÓMEZ INIESTA, D.J.: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Barcelona, 1996, pág. 49; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000., págs. 219-220; QUINTERO OLIVARES, G.: “La lucha...”, cit., pág. 252.

En contra, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Reflexiones...”, cit., págs. 11 y ss.; FARALDO CABANA, P.: “Antes...”, cit., págs. 62 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, J.: “Sobre...”, cit., pág. 11; GÓMEZ RIVERO, C.: “La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito”, CPC, Número 121, I, Época II, mayo 2017, pág. 14; LASCURÁIN SÁNCHEZ, A.: “El blanqueo: concepto y lesividad”, RITI, n° 3 enero-abril 2017, pág. 4.

⁶⁷ Y de auxiliar a los responsables a eludir las consecuencias legales de sus actos, finalidad esta que ya hemos excluido de su relación con las conductas de autoblanqueo, que es el objeto de este epígrafe, en los términos establecidos en la nota 51.

⁶⁸ STC 24/2004, de 24 de febrero, cuando en su fundamento jurídico 6.

⁶⁹ Y por consiguiente también todas las Sentencias que siguen sus dictados (entre otras, SSTs 165/2016, de 2 de marzo, 108/2019, de 5 de marzo).

⁷⁰ SSTC 22/1985, de 15 de febrero, fundamento jurídico 5; 341/1993, de 18 de noviembre, Fundamento jurídico 2

quisitos que no se desprenden del mismo, como la exigencia en todas las conductas típicas, y también en las de autoblanqueo de capitales, de una doble finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a los responsables a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

La deficiente dicción del precepto no permite extender dicha finalidad a todas las modalidades de blanqueo o de autoblanqueo de capitales. Ello es así no solo por la posición de la coma que precede al segundo grupo de conductas del art. 301.1 CP,⁷⁴ a la que se alude en las distintas resoluciones que se han ocupado del tema,⁷⁵ sino por la propia estructura gramatical del precepto.

Su tortuosa redacción que a lo largo del tiempo ha ido forjando un acumulo de signos y expresiones sin orden ni concierto para dar cumplimiento a nuestras *presuntas* obligaciones supranacionales dificulta, en efecto, su interpretación, pero no permite la manipulación del enunciado normativo para restringir su amplia literalidad. Pretender superar sus deficiencias gramaticales mediante la propuesta de una interpretación desvinculada de su tenor no es aceptable. Y el tenor del precepto distingue claramente entre dos grupos de conductas, unas orientadas por la finalidad de ocultar o encubrir, y otras huérfanas de ella.

A mi juicio, la redacción del art. 301.1 CP es clara. Sanciona al:

... que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que

⁷⁴ O sea, la que precede a la expresión “o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos”. Aunque esta referencia a la coma se realizó por vez primera en el ámbito del art. 301.1 CP antes de la reforma operada por la LO 5/2010, sus consideraciones son perfectamente extrapolables a la redacción vigente. Así, la citada coma hoy se refiere igualmente a la que antecede al segundo grupo de conductas de dicho precepto (cualquier otro acto para ocultar o encubrir), con la única diferencia que supone en el nuevo contexto legal que antes de la misma hay ahora más contenido, precisamente como consecuencia de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales.

⁷⁵ Omítimos en este punto el comentario del resto de afirmaciones relativas a la esencia del blanqueo (introducción de los bienes en el tráfico económico legal), porque no tienen que ver con el tenor del art. 301.1 CP, que es el tema objeto de tratamiento en este momento.

haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Y con esta dicción, si en lugar de prescindir de la coma, como se propone implícitamente en la STS 265/2015 y en las restantes resoluciones que la siguen y que se han ocupado del tema, tenemos en cuenta dicha coma, presente en el tenor literal del art. 301 CP, y de la que, por lo tanto, no podemos prescindir, así como la disyuntiva “o”, también ínsita en la dicción del precepto, con el significado alternativo que determina sobre el contenido de la norma, y, en coherencia con dicho entendimiento, separamos gráficamente en dos párrafos las dos unidades semánticas del texto legal, el resultado es evidente:

- por un lado se sanciona “al que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona”,
- y, por otro, en coherencia con el significado legal de la disyuntiva “o”, “al que realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”.

La conclusión tras el análisis de dichas unidades semánticas no parece que pueda ser otra que restringir la exigencia de la finalidad de ocultar o encubrir al segundo grupo de conductas, sin extenderla a las conductas previas de adquisición, conversión, transmisión, posesión o utilización. El tenor del precepto así la impone, y con ella también nos ajustamos a los imperativos supranacionales en la materia, pues aunque en todos ellos, sin excepción, las conductas de conversión y transmisión de los bienes derivados de una actividad delictiva asocian el requisito de su realización con dicha finalidad, nada impide que nuestro legislador, fiel cumplidor de nuestros compromisos en esta materia, vaya más allá de sus imperativos ampliando la tipicidad mediante el castigo de las mencionadas conductas, tanto cuando se realizan para ocultar o encubrir como cuando no lo hacen.

Con esta interpretación respetamos la dicción del art. 301.1 CP, y si con ella se producen excesos punitivos tendremos que aplicar criterios de corrección

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

conformes con los principios constitucionales, lo que también resultará coherente con el bien jurídico dual de este delito, ya que las conductas de conversión, adquisición y transmisión realizadas sin finalidad de ocultar o encubrir también pueden lesionar de forma relevante el objeto de tutela en la figura de blanqueo de capitales.

Es verdad que este panorama interpretativo del art. 301.1 CP no es deseable, pero no por ello podemos aceptar sin más la primera de las exégesis señaladas, a favor de la exigencia de la doble finalidad de ocultar o encubrir en todas las modalidades de conducta tipificadas en el precepto. Esta interpretación no parece admisible porque no se ajusta a la literalidad del precepto y porque pugna con el significado de la posesión y utilización, inhábiles, con carácter general, para servir a fines de ocultación o encubrimiento. Cierto es, también, que la segunda exégesis formulada, limitativa de la doble finalidad a las conductas del inciso segundo del citado precepto, aunque se ajusta mejor a la literalidad, tampoco resulta plenamente satisfactoria por su excesiva amplitud, pero quizás resulte preferible por ser más acorde con el tenor del texto legal, con el significado propio de las conductas de posesión y utilización de los bienes delictivos, y porque permite su interpretación *corregida* conforme con la Constitución, los principios penales, y el objeto de tutela del delito.⁷⁶

En este sentido, entendemos que la solución para reparar la excesiva amplitud del delito del delito de autoblanqueo —y del blanqueo mismo— no puede ser la introducción de requisitos extralegales en la redacción típica, sino que debe pasar por la reforma de su contenido en el marco de imperativos supranacionales adaptados a nuestros principios y derechos fundamentales,⁷⁷ pues tras años de críticas infructuo-

⁷⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES cuando señala que “el legislador prefirió tomar una senda que conduce a una mala disyuntiva: apreciar blanqueo en un irracional elenco de supuestos o, para evitar esa conclusión, prescindir de aplicarlo en otra amplia gama de casos” (“La lucha...”, cit., pág. 5).

⁷⁷ En otros trabajos míos anteriores a la adopción de la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, propuse que la citada y necesaria reforma del art. 301.1 CP se concretara en la vuelta al texto establecido en el código de 1995, en la medida que con el mismo cumplíamos los imperativos supranacionales que no imponían la tipicidad de la posesión y utilización de los bienes derivados del delito como formas de blanqueo, ni tampoco el autoblanqueo por conversión, transmisión, ocultación o encubrimiento. Hoy la reforma propuesta no puede suponer retomar el texto citado (de 1995), ya que en el mismo las nuevas imposiciones de la sexta directiva no quedarían debidamente incorporadas.

sas, los problemas de legitimidad y dudas interpretativas sobre la figura del autoblanqueo⁷⁸ no se han solucionado, tal y como se desprende del examen de la doctrina⁷⁹ y jurisprudencia reciente.⁸⁰

Por ello, y hasta que la propuesta de reforma que planteamos tenga realidad, el principio de vigencia obliga a la aplicación del precepto, respetando su tenor y corrigiendo sus posibles excesos punitivos mediante la aplicación de criterios reparadores distintos, a mi juicio, del ya analizado de la exigencia de doble finalidad de ocultar o encubrir en todas las modalidades de conducta del art. 301.1 CP.

La mencionada doctrina no representa la vía de corrección de dichos excesos punitivos en el delito de autoblanqueo de capitales,⁸¹ sino que la misma deberá articularse desde el respeto de los principios penales: propiciando *su no aplicación* en casos de ofensividad irrelevante, o cuando exista vulneración de otros principios penales, como el *ne bis in idem*, especialmente en los supuestos de posesión o utilización de los bienes derivados del propio delito, que por formar parte de la dinámica comisiva del delito precedente (consumación/agotamiento)⁸² no deben ser objeto de

⁷⁸ Y tampoco sobre el delito de blanqueo de capitales.

⁷⁹ Sin ánimo exhaustivo, a solos efectos de reflejar que continúa la discusión sobre el tema, vid., recientemente, QUINTERO OLIVARES, G.: “La lucha...”, cit.; IGLESIAS CASAIS, J.M.: “Sobre la conformidad del castigo por autoblanqueo de las ganancias procedentes del delito fiscal con el principio non bis in idem”, en *VII Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de dinero*, Abel Souto y Sánchez Stewart (coord.), Valencia, 2020; MATA-LLÍN EVANGELIO, A.: “Blanqueo de capitales y principios penales”, *Teoría y derecho*, número 24, 2018, pág. 277; VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A.: “El castigo del autoblanqueo”, *Diario La Ley*, nº 9788, 2021.

⁸⁰ *Vid.*, entre otras, las siguientes sentencias: STS 642/2018, de 13 de diciembre, 108/2019, de 5 de marzo, o la 40/2021 de 21 enero.

⁸¹ Ni tampoco en las de blanqueo de tercero. En este sentido, *vid.*, por todos, ABEL SOUTO, M., “Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español”, en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 175-247, págs. 187 y 325; del mismo, (“La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 85-86; BLANCO CORDERO, I.: *El delito...*, cit., pág. 603; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *El delito...*, cit., págs. 96-97; GÓMEZ INIESTA, D.J., : *El delito...*, cit., pág. 49; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito...*, cit., págs. 219-220.

En contra, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Reflexiones técnicas...”, cit., págs. 11 y ss.; FARALDO CABANA, P., “Antes y después...”, cit., págs. 62 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, J., “Sobre...”, cit., pág. 11; LASCURAÍN SÁNCHEZ, A., “El blanqueo...”, cit., pág. 4.

⁸² *Vid.*, entre otros, CASTRO MORENO, A., “Reflexiones crí-

sanción independiente por tratarse de actos ya sancionados con la pena prevista para el delito principal (actos copenados).⁸³

4. Bibliografía

ABEL SOUTO, M., “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, en *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Coord. Abel Souto, M., y Sánchez Stewart, N., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

———, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 79, febrero 2011.

———, “Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español”, en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

———, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, *Ley Penal*, núm. 20, octubre 2005.

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 2015.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., Y FABIÁN CAPARRÓS, E., “La “emancipación” del delito

ticas...”, cit.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales”, en *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de dinero*, M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, Valencia, 2013, pág. 290; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Receptación...”, cit., pág. 344; y especialmente, *vid.*, asimismo, el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2008, pág. 123.

⁸³ Sobre la problemática tipicidad de la posesión y utilización de los bienes derivados del delito por posible vulneración de principios penales, *vid.*, extensamente, MATALLÍN EVANGELIO, A., “El “autoblanqueo” de capitales”, *Revista General de Derecho penal*, 20 (2013); y, asimismo, entre otros, VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012, pág. 14; BLANCO CORDERO, I., *El delito...*, cit., págs. 20 y sigs. Como propuesta de “*lege ferenda*”, ante la problemática punición del autoblanqueo en nuestro ordenamiento, este autor propone “volver a la situación anterior, esto es, que solo se castiguen como blanqueo aquellas conductas que se realicen con la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes” (*Ibidem*, pág. 659).

de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, *La Ley*, 2010.

CASTRO MORENO, A., “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008”, *Diario la Ley*, 7277, noviembre 2009.

COBO DEL ROSAL, M., “La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales”, *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, nº 85, 2005.

COBO DEL ROSAL, M./ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Blanqueo de capitales*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005.

CORCOY BIDASOLO, M., “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, *Revista de Derechos Fundamentales*, 2012, núm. 8.

DE ALFONSO LASO, D., “La modificación del delito de blanqueo de capitales, arts. 301 y 302”, en G. Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010*, Pamplona, 2010.

DEL CARPIÓ DELGADO, J., “Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal”, *Revista Penal*, número 44, 2019.

—“Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *Indret*, Barcelona, octubre 2016.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales”, en *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de dinero*, M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El blanqueo de capitales”, en el mismo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid/Pamplona, 2011.

FARALDO CABANA, P., “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, *EPC*, (34), 2014.

FERNÁNDEZ TERUELO, J., “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comi-

La prueba del origen ilícito de los bienes y otros problemas interpretativos del blanqueo de capitales

- so y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas”, *La Ley*, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M., en Córdoba Roda, J./García Arán, M.: *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, tomo I, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2004.
- HASSEMER, W., Gewinnaufspürung: jetzt mi dem Strafrecht», en *WM (Gastkommentar)*, 1994, traducido al castellano por Miguel Abel Souto, como “Localización de ganancias: ahora con el Derecho Penal”, *RCP*, vol. 1, núm. 1, 1998.
- GÓMEZ INIESTA, D.J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./VIDALES RODRÍGUEZ, C., “El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia”, en González Cussac, J.L. (dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ DE LA TORRE y FABIÁN CAPARRÓS, “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, *Diario La Ley*, nº 7535, Sección Doctrina, 27 de Diciembre de 2010, Año XXXI.
- HURTADO ADRIÁN, A., “Blanqueo de capitales. (Art. 301.1)”, en A. Juanes Peces (dir.), *Reforma del Código penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, Madrid, 2010.
- IGLESIAS CASAIS, J.M., “Sobre la conformidad del castigo por autoblanqueo de las ganancias procedentes del delito fiscal con el principio *non bis in idem*”, en *VII Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Abel Souto y Sánchez Stewart (coord.), Valencia, 2020.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, A., “El blanqueo: concepto y lesividad”, *RITI*, nº 3 enero-abril 2017.
- MANACORDA, S., “La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnés du système”, *RSCDPC*, núm. 2, 1999.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Ganancias criminales y ganancias no declaradas. (El desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)”, en F. Javier Álvarez García, M. Ángel Cobos Gómez de Linares, P. Gómez Pavón, A. Manjón-Cabeza Olmeda, y A. Martínez Guerra (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013.
- , “Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”, en Álvarez García y González Cussac (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MATALLÍN EVANGELIO, A., “La posesión y utilización de los bienes: excesos punitivos y criterios de corrección”, en Abel Souto y Sánchez Stewart (coords.), *V Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- , “Blanqueo de capitales y principios penales”, *Teoría y Derecho*, número 24, 2018.
- , “El ‘autoblanqueo’ de capitales”, *Revista General de Derecho Penal*, 20 (2013).
- MORILLAS CUEVA, L., “Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales”, *Revista Foro FICP*, núm. 2, septiembre 2013.
- MUÑOZ CONDE, F., “El delito de blanqueo de capitales y el derecho penal del enemigo”, en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- , “Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales”, en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *I Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- QUINTERO OLIVARES, G., “La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.) (2018).
- , “El blanqueo del tributo impagado”, *REDS*, núm. 13, Julio-Diciembre 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- URBANEJA CILLÁN, J., “Renovadas medidas de la unión europea relativas a la sanción penal del blanqueo de capitales: la directiva 2018/1673”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 48, 2019.
- VARELA CASTRO, L., “Problemas de legitimidad del delito de blanqueo”, en “Nuevas y antiguas

- cuestiones interpretativas del delito de blanqueo de capitales”, *Diario la Ley*, nº. 8339, Sección Dictamen, 24 de Junio de 2014.
- , “Últimas líneas jurisprudenciales en sede de blanqueo”, en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- VARELA, L., “La irrazonable expansión del blanqueo de capitales o ¿una expansión mal entendida?”, *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el Derecho Internacional y los sistemas nacionales* Aranzadi, 2017.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Conductas constitutivas de blanqueo: Comentario a la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal”, *Criminal Justice Networks*, 29 octubre, 2019.
- , “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012.
- , *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, Centro para la Administración de Justicia, Florida International University, Miami, 1998.
- VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., “El castigo del autoblanqueo”, *Diario La Ley*, nº 9788, 2021.
- VIVES ANTON, T.S., “Principios penales y dogmática penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)”, *Derecho y Cambio Social*, Año 7, nº. 22, 2011.
- , “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”, en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Editores DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y GARCÍA AMADO, Columbia, 2006.

La seguridad nacional frente a los procesos de radicalización de grupos terroristas y el respeto a la libertad religiosa

Elena García-Antón Palacios Profesora doctora de la Universidad Europea de Madrid

RESUMEN: La aparición de grupos yihadistas en Europa y España ha supuesto la necesidad de abordar la lucha contra el terrorismo de una forma particular, ya que la amenaza de estos grupos se produce dentro y fuera de nuestras fronteras, bajo un sustrato ideológico basado en una interpretación extrema de la religión islámica. Dadas las particularidades de estos grupos, a través de la Estrategia de Seguridad Nacional de 2021, España fija una serie de líneas de actuación para hacer frente a los procesos de radicalización violenta y la lucha contra este tipo de terrorismo.

PALABRAS CLAVE: libertad religiosa, seguridad pública, terrorismo yihadista, adoctrinamiento y radicalización.

ABSTRACT: The appearance of jihadist groups in Europe and Spain has meant the need to approach the fight against terrorism in a particular way, since the threat of these groups occurs inside and outside our borders, under an ideological substrate based on an extreme interpretation of the Islamic religion. Given the particularities of these groups, through the 2021 National Security Strategy, Spain establishes a series of lines of action to deal with the processes of violent radicalization and the fight against this type of terrorism.

KEYWORDS: religious freedom, public security, jihadist terrorism, indoctrination and radicalization.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco normativo español. 2.1. El derecho de libertad religiosa. 2.2. El principio de neutralidad ideológica-religiosa del Estado. 2.3. El derecho a la libertad y la seguridad personal. 2.4. Los límites a la libertad religiosa y de conciencia, y el adoctrinamiento terrorista. 3. La Estrategia de Seguridad Nacional 2021. 3.1. La amenaza del terrorismo yihadista. 4. Valoraciones finales.

1. Introducción

Hoy en día es fácil comprobar cómo la globalización y la interdependencia del mundo actual son factores que están presentes tanto en las relaciones internacionales como en la vida de los ciudadanos, donde las tensiones geopolíticas van en aumento creando un entorno más complejo y volátil en el que los Estados deben desarrollar sus políticas de seguridad para hacer frente a las distintas amenazas que padecen los sistemas democráticos, tales como el terrorismo internacional, las pandemias, los ciberataques o las campañas de desinformación.

España no es ajena a esta realidad y realiza un análisis de estas cuestiones en la *Estrategia de Seguridad Nacional* del año 2021. En materia de terrorismo, tras el cese definitivo de la violencia terrorista de ETA en el año 2011, a la espera de poder juzgar los 379 asesinatos cometidos por miembros de esta banda que aún no han sido resueltos,¹ España centra su estrategia en la lucha contra el terrorismo yihadista, el cual se fundamenta en una visión extrema de la religión islámica. Por ello, resulta oportuno un análisis que contraste el respeto al derecho de libertad religiosa y de conciencia con la salvaguarda del orden público y la seguridad pública como límites al ejercicio de estos derechos y como bienes jurídicos que deben ser protegidos por el derecho penal.

En este estudio analizaremos el marco legal del derecho de libertad religiosa y el derecho a la libertad y la seguridad personal, junto al principio de neutralidad ideológica-religiosa del Estado, y su proyección sobre los tipos penales recogidos en los artículos 577 y 575.2 del Código Penal, que buscan que el adoctrinamiento o la radicalización adquieran relevancia penal.

Trazado el marco normativo comprobaremos el alcance que estas cuestiones han alcanzado en la *Estrategia de Seguridad Nacional* del año 2021 para acabar con unas valoraciones finales que permitan reflexionar sobre el necesario equilibrio entre el respeto a los derechos fundamentales y la protección de la seguridad ciudadana en la lucha contra el terrorismo.

¹ Informe de 21 de abril de 2022 del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo (PE702.917v03-00).

2. Marco normativo español

2.1 El derecho de libertad religiosa

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 16.1 de la Constitución reconoce expresamente el derecho a “la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. En desarrollo de este precepto, la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (en adelante, LOLR),² asegura la garantía del derecho de toda persona a ejercer la libertad religiosa y de culto garantizada en la Constitución libre de toda coacción.³

Bajo este marco legal, observamos que el derecho de libertad religiosa es un derecho subjetivo de carácter fundamental,⁴ con autonomía propia,⁵ proyectado a través de dos dimensiones: interna y externa.⁶ En relación con la libertad interna se garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual.⁷

Por otro lado, respecto a la vertiente externa, tal y como ocurre con la libertad ideológica, existe una dimensión de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros,⁸ por lo que esta esfera de libertad ha de concebirse inmune de cualquier tipo de coacción respecto de las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones de sus creencias,⁹ ya sea por parte del Estado o de cualesquiera grupos sociales,¹⁰ y se respalda, en su dimensión negativa, por el mandato del artículo 16.2 de la CE que señala

² Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio).

³ Art. 2.1 LOLR.

⁴ STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1º.

⁵ STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2º.

⁶ M. LÓPEZ ALARCÓN, “Contenido especial del derecho de la libertad religiosa”, en Martínez Torró, J. (coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*. Comares, Granada 1998.

⁷ STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9º.

⁸ SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2º; 120/1990, de 27 de julio, FJ 10º; 137/1990, de 19 de julio, FJ 8º; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9º.

⁹ STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4º.

¹⁰ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4º.

la que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.¹¹

Asimismo, conforme al artículo 16 de la CE, el derecho fundamental de libertad religiosa encuentra sus límites en la esfera externa del mismo,¹² es decir, que las manifestaciones religiosas mantienen como única limitación, “la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. En este sentido, el artículo 3.1 de la LOLR, especifica:

... el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.

Por ello, al analizar los límites del derecho de libertad religiosa debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TC que entiende que:

... los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que expresamente la propia Constitución imponga o ante los que, de manera mediata o indirecta, se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos. En todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable.¹³

En este sentido, cabe advertir la complejidad a la hora de buscar una definición pacífica en torno a los distintos conceptos que limitan el derecho de libertad religiosa. Fundamentalmente, nos referimos al término “orden público” por su uso extensivo en el ámbito penal como elemento justificativo para la tipificación de determinados delitos que suponen una limitación de los derechos de libertad religiosa y de conciencia,

incluso en su vertiente interna, tal y como veremos en los epígrafes siguientes.

En todo caso, bajo este marco jurídico en el que se contempla el derecho de las personas a profesar las creencias religiosas que libremente elijan o no profesar ninguna, a cambiar de confesión o abandonar la que tenían, y a manifestar libremente las mismas,¹⁴ debemos evitar la identificación de las personas que profesan la religión musulmana con personas que ejercen la violencia, ya que:

... el yihadismo tendría una raíz religiosa, pero no se podría categorizar como una religión o confesión al uso, sino más bien como una secta destructiva que brota del tronco del Islam, a partir de elementos musulmanes trasladados a una visión apocalíptica del mundo.¹⁵

Esto se debe a que dentro del islam se encuentran posturas doctrinales diametralmente opuestas,¹⁶ por lo que no todas las perspectivas de la doctrina islámica devienen en postulados fundamentalistas que alientan acciones violentas.

En esta línea, tal y como describe la SAN 316/2023, de 4 de mayo de 2023, el ideario yihadista se basa en

... la lucha y el combate contra personas e instituciones que entienden contrarias al “islam”, utilizando para ello si es necesario, la violencia mediante acciones de carácter y naturaleza terrorista en lugares de conflicto, en este caso, en Siria, y con la finalidad de implantar con carácter universal el califato islámico bajo la única ley del Islam, la *sharía*, que ha de interpretarse en todo caso conforme a dicho ideario violento, estas personas, una vez captadas y finalizado dicho proceso de radicalización, habrían de ser enviadas a dichas zonas de conflicto a cometer, si así fuera necesario, todo tipo de acciones violentas y terroristas, con el fin de conseguir el objetivo antes señalado, bajo los auspicios de grupos y organizaciones de estas características.

¹¹ SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4º; 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1º.

¹² J. MANTECÓN SANCHO, *El derecho fundamental de libertad religiosa: textos, comentarios y bibliografía*. Eunsa, Navarra 1996; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad*, Comares, Granada 1999; J. A. SOUTO PAZ, “La libertad religiosa y las libertades espirituales”, en *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época* 12 (2011); J.M. PORRAS RAMÍREZ, *Derecho de la libertad religiosa*, Tecno, Madrid, 2020.

¹³ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6º.

¹⁴ Art. 2.1.a) LOLR.

¹⁵ A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, “Yihadismo y libertad religiosa. Reflexiones desde la jurisprudencia española y del TEDH”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 45 (2017), p. 3.

¹⁶ Cfr. N. DEL BARRIO, “Tradicionalismos vs. Modernidad: el burkini desde la perspectiva del derecho musulmán”, en AA.VV, *Antropología cultural del vestido: perspectivas sobre el burkini*, Dykinson. Madrid, pp. 69-72.

2.2. El principio de neutralidad ideológica-religiosa del Estado

Conforme a la descripción constitucional del artículo 16.3 de la CE que introduce una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva del Estado,¹⁷ el principio de neutralidad ideológica-religiosa se concibe como un instrumento que facilite el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa e ideológica de los ciudadanos, al determinar que “ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones”.

A partir de este mandato y en relación a los artículos 9.2¹⁸ y 10 de la CE, el deber de neutralidad ideológico-religiosa del Estado conlleva que los poderes públicos articulen los medios apropiados que permitan a los ciudadanos ejercer libremente y en igualdad de condiciones (principio de igualdad, art. 14 CE) su derecho de libertad religiosa e ideológica dentro de un marco plural en el que las distintas confesiones y grupos que conviven mantengan un respeto mutuo, gozando del mayor grado de autonomía posible para resolver los asuntos internos,¹⁹ sin padecer intromisiones por parte de cualquier tercero, incluidas las autoridades estatales.²⁰

¹⁷ STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ. 5º.

¹⁸ Art. 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹⁹ Art. 6.1 LOLR: “Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación”.

²⁰ Vid. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “El Estado aconfesional o neutro como sujeto ‘religiosamente incapaz’. Un modelo explicativo del artículo 16.3 CE, en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid 2008, pp. 115-146; P. J. VILADRICH, “Los principios informadores del Derecho eclesiástico español”, en *Derecho eclesiástico del Estado español*. Pamplona, Eunsa, 1980, p. 277; Mª. PÉREZ-UGENA COROMINA, *La objeción de conciencia entre la desobediencia y el derecho constitucional*, Navarra: Thomson Reuters, 2015, p. 70; J. MAR-

De este modo, para que concurra una separación institucional entre dichas autoridades y las confesiones y grupos religiosos, y a su vez se respete la esfera de libertad de elección de cada persona, sin que exista discriminación por razón de religión, ideología u otra causa entre ellas, la actuación del Estado debe provenir de un acto jurídico determinado por el derecho debiendo abstenerse de realizar manifestaciones en torno a la legitimidad de las creencias, doctrinas o prácticas religiosas que los ciudadanos profesen y lleven a cabo.²¹ En este sentido, el TC ha declarado que “la neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 C.E)”.²²

Por ello, teniendo en cuenta que las motivaciones de los grupos terroristas yihadistas son ciertamente religiosas, esto es, hacer la guerra contra occidente y sus valores, por juzgarlos ofensivos para los musulmanes, y la imposición universal de la cosmovisión islámica,²³ a la hora de abordar bajo el prisma de la neutralidad las tensiones que puedan surgir entre estos grupos y la seguridad ciudadana, el Estado debe estudiar cada situación valorando el fundamento religioso o, más bien, la naturaleza sectaria de estos grupos,²⁴ para comprobar que la violencia ejercida por los terroristas y justificada por motivos religiosos no podría acogerse a la protección del derecho de libertad religiosa y de culto al atentar contra el orden público protegido por la ley y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

TÍNEZ TORRÓN, *Religion. International Encyclopaedia of Laws. Spain*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2013, p. 84.

²¹ Cfr. SSTEDH, *Manoussakis y otras c. Grecia*, de 26 de septiembre de 1996, § 47; *Eweida y otros c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, §81.

²² STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9º.

²³ A. MOTILLA, “Seguridad y radicalismo religioso; el tratamiento del Islam en Europa”, en *Revista General de derecho Canónico y derecho Eclesiástico del Estado* 46 (2018), pp. 2-3.

²⁴ Sobre la naturaleza sectaria del Yihadismo, vid., A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, “Yihadismo y libertad religiosa. Reflexiones desde la jurisprudencia española y del TEDH”, cit., pp. 17-25; J. AVILÉS FARRÉ, *Historia del terrorismo yihadista de Al Qaeda al Daesh*, Síntesis, Madrid, 2017.

2.3 El derecho a la libertad y la seguridad personal

Dentro del ordenamiento jurídico español, la complementariedad entre libertad y seguridad²⁵ queda plasmada en el Preámbulo de la Constitución, al designar como pretensión de la nación española, el establecimiento de “la justicia, la libertad y la seguridad”. A partir de aquí, los artículos 1 y 10.1 del texto constitucional proclaman como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, cuya raíz se encuentra en la dignidad de la persona. Junto a ello, el artículo 17.1 del mismo determina que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.²⁶

Respecto a la libertad, esta ha de ser entendida ampliamente, es decir, más allá de su dimensión política, alcanzando la esfera de la libertad personal o “libertad física”,²⁷ sin que pueda interpretarse dentro de esta consideración:

... una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, sólo tiene la protección constitucional cuando se concreta en derechos fundamentales, distinguiendo entre las manifestaciones “de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles” y “los derechos fundamentales que garantizan la libertad”, pero que “no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo”.²⁸

Por su parte, con relación a la seguridad se concibe un alcance distinto según el calificativo al que vaya unido. De esta manera, al referirnos a la “seguridad jurídica” según muestra la doctrina del Tribunal Constitucional, nos encontraremos, por una parte, con un principio general de derecho y un mandato dirigido a los poderes públicos, según la descripción del artículo 9.3 de la CE,²⁹ sin que se contemple el re-

conocimiento de ningún derecho personal.³⁰ Por otra parte, enfocando el artículo 17 de la CE, será la “seguridad personal” el soporte de la libertad personal, cuya esencia se conecta con la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo.³¹ En consecuencia, a la luz de esta doctrina cabe interpretar que la seguridad jurídica es un instrumento protector de la seguridad personal.³²

Por último, el alcance del término seguridad, cuando va unido al calificativo de “pública”, nos indica que la seguridad pública se vincula a la competencia estipulada en el artículo 149.1.29 de la CE,³³ dando lugar al denominado “orden público” o actualmente “seguridad ciudadana”.

En alusión a esta competencia, el Tribunal Constitucional entiende que a efectos de “seguridad pública” se debe entender la actividad “dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”.³⁴

... sin que sea posible realizar una identificación absoluta entre la materia de seguridad pública y las actuaciones que son propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es decir, no se reduce la normativa propia de la seguridad pública a regular las actuaciones específicas de la llamada policía de seguridad.³⁵

En este sentido, tal y como estipula el artículo 1 de la actual Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana,³⁶ esta se configura como un requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, correspondiéndole su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, al estado, con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes.

ponsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

³⁰ Cfr. STC 122/1987, de 14 de julio, FJ 3; STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 2.

³¹ Vid. STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 2.

³² *Idem*.

³³ Vid. art. 149.1.29 de la CE: “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1º La seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica”.

³⁴ Cfr. SSTC 33/1982, de 8 de junio, FJ 3; 123/1984, de 18 de diciembre.

³⁵ STC 154/2005, de 9 de junio, FJ 9.

³⁶ Vid. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE núm. 77, de 31 de marzo).

²⁵ Cfr. J. CRUZ ALLÍ TURRILLAS, “El marco normativo de la seguridad ciudadana: sus nuevos retos”, en *Seguridad ciudadana y globalización*, Ministerio del Interior, Madrid, 2003, pp. 31-44.

²⁶ Art. 17.1 CE: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

²⁷ Cfr. STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5.

²⁸ Vid. STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11.

²⁹ Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la res-

La seguridad nacional frente a los procesos de radicalización de grupos terroristas

En definitiva, la seguridad pública se configura como un derecho de prestación dirigido a garantizar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, por lo que la relación entre libertad religiosa y seguridad únicamente adquiere sentido cuando esta se pone al servicio de aquella, considerando, no obstante, que es posible la limitación del derecho de libertad religiosa cuando así sea recomendado por razones de seguridad pública,³⁷ tal y como queda reconocido en el artículo 3.1 de la LOLR.³⁸

2.4 Los límites a la libertad religiosa y de conciencia, y el adoctrinamiento terrorista

En primer lugar, al confrontar la esfera de protección de los derechos de libertad religiosa y de conciencia con la salvaguarda del orden público, tal y como hemos indicado, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable.

Tal y como hemos advertido anteriormente, la doctrina penal mantiene diversas posiciones con relación a la definición de “orden público” a los efectos de considerarlo un bien jurídico digno de protección y, en consecuencia, llegar a justificar la tipificación y sanción de determinadas conductas,³⁹ entre ellas la captación y el adoctrinamiento terrorista. Teniendo en cuenta la esfera de protección de los derechos fundamentales aquí estudiados, podemos sumarnos a la tesis planteada por JERICÓ JOVER que considera que, como bien jurídico que ha de ser tutelado por el legislador, el concepto de orden público debe aproximarse “a la protección de los derechos fundamentales, la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento jurídico”.⁴⁰

A partir de aquí, cabe referirnos a los conceptos de “adoctrinamiento” y “radicalización” al estar íntima-

mente ligados al mundo de las ideas, del pensamiento y las creencias religiosas y, por consiguiente, sometido a la tutela y limitaciones del derecho de libertad religiosa, pensamiento y de conciencia. Así, “adoctrinar” según la RAE consiste en “inculcar a alguien determinadas ideas o creencias” y “radicalizar” se refiere a “volver radical algo o a alguien”.

Para que el adoctrinamiento o la radicalización adquieran relevancia penal, el propio Código recoge en su artículo 577 la sanción de

... los comportamientos de colaboración con organizaciones o grupos terroristas, no de pertenencia a los mismos, entre los que se especifican como tales las conductas de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que estén dirigidas o que, por su contenido, resulten idóneas para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. [...] No se exige, por ello, la adhesión ideológica del que colabora con los postulados de la organización a la que presta soporte, ni tampoco que persiga determinados objetivos políticos o ideológicos, o que el sujeto pasivo de la acción se configure de una manera determinada. [...] Uno de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita, así como adiestrar a personas para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo.⁴¹

A la hora de aplicar dicho precepto, la Audiencia Nacional considera que:

... el delito que contemplamos necesita de un elemento intencional consistente en que el adoctrinamiento ideológico o la destreza material, se adquieran con el propósito de pertracharse de la preparación conveniente para llevar a cabo cualquiera de los delitos contemplados en el capítulo VII, del Título XXI, del Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica: “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”.

Una intencionalidad que, como elemento interno o intelectual, debe ser inferida de la conjunción de elementos externos que sugieran su existencia, pero que

³⁷ Cfr. S. MESEGUER VELASCO, *Transporte público y factor religioso*, Dykinson, Madrid 2017, p. 104.

³⁸ Art. 3.1 LOLR: “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

³⁹ Sobre las distintas posturas *vid.* C. GONZALEZ VAZ, *El delito de autocapacitación terrorista*. Art. 575.2 CP. J. B. Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 42-54.

⁴⁰ JERICÓ OJER, L., *El conflicto de la conciencia ante el derecho penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, p. 322.

⁴¹ SAN, 518/2023, de 9 de febrero, FJ. 3º.

es sin duda de más difícil percepción en los supuestos de mero adoctrinamiento, que cuando el análisis de la intención se proyecta sobre individuos que han ido formándose en la construcción de armas químicas, biológicas, o de aparatos explosivos o asfixiantes.

[...]

Pero cuando la capacitación no es técnica, sino meramente ideológica, surgen los mayores problemas de inferencia respecto del elemento subjetivo que el tipo penal exige. En estos supuestos surge un espacio singularmente difuso, en el que es particularmente confuso evaluar si el contacto con contenidos que alimentan un fundamentalismo ideológico está precisamente instrumentalizado a desarrollar comportamientos terroristas en el futuro, o si por el contrario responde al libre ejercicio de una libertad ideológica, por más que se desarrolle en contextos de radicalización.

En todo caso, el elemento tendencial que debe regir el adoctrinamiento o la formación, no supone exigir que se identifique la acción delictiva concreta que va a verse así favorecida, ni siquiera la modalidad de participación con la que se va a coadyuvar con el fenómeno terrorista. El tipo penal sólo exige de una determinación incipientemente manifestada de delinquir participando en la comisión de cualquier tipo penal contenido en el capítulo, esto es, no solo facilitando de manera cercana o cometiendo directamente atentados terroristas, sino favoreciendo de un modo típico el fenómeno terrorista, lo que engloba actuaciones de adoctrinamiento, recluta, colaboración, apología o financiación, entre muchas otras.⁴²

Bajo estas premisas, la Audiencia Nacional considera en este reciente caso:

... la irrelevancia criminal de los actos descritos,⁴³ que no podemos enmarcarlos en el tipo delictivo de la cap-

tación y adoctrinamiento terrorista, al no revelarse que los cuatro acusados propiciaban los fines de la organización terrorista DAESH u otras de la misma órbita yihadista radical y violenta, cuya efectiva militancia los llevó a ser condenados en sentencias firmes por la perpetración de un delito de integración en organización terrorista. No consta en autos que la demostrada aceptación de los postulados del DAESH impulsara a los interlocutores a manifestar su deseo de cometer ilícitos actos contra las personas y contra las propiedades, que perpetrarían o intentarían cometer en el momento en que quedaran en libertad.⁴⁴

Junto a la valoración del adoctrinamiento terrorista, cabe hacer una breve alusión al llamado “delito de autoadoctrinamiento”, introducido en el Código Penal mediante la reforma del año 2015. Conforme a esta figura tipificada en el artículo 575.2 del CP:

... se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español. Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Según la dicción literal del precepto se estaría cometiendo este delito por el mero hecho de acceder a estos contenidos a través de una web con el objetivo de cometer un delito de terrorismo. Teniendo en cuenta que el sujeto únicamente habría consultado un portal virtual, difícilmente puede verse amenazada la seguridad ciudadana o el orden público, sin que tal acto vaya acompañado de ningún otro.

En este sentido, y con el fin de evitar que este delito suponga “el comienzo de la criminalización del

⁴² SAN, 518/2023, de 9 de febrero, FJ. 3º.

⁴³ Principalmente, “a través de estas misivas, se establecía una corriente de mutuo apoyo entre los interlocutores, a fin de sobrelevar mejor la vida en prisión y evitar caer en la desesperanza de creer que sus vidas acababan en el recinto penitenciario en el que se hallaban, apoyándose mutuamente por el cauce religioso, considerando a Alá como principal sostén de sus vidas. Tales cartas contenían, en su mayoría, banderas, lemas, mensajes y consignas similares a los postulados de la organización terrorista DAESH, textos de nasheeds (que son cánticos para infundir ánimos en sus militantes y combatientes), así como textos religiosos a los que daban la interpretación radical que les era conveniente, emplazándoles para practicar la paciencia, la perseverancia y fortaleza en aras al cumplimiento de las respectivas responsabilidades criminales, con la consiguiente salida indemne de la Prisión cuando ello correspondiera”.

⁴⁴ SAN, 518/2023, de 9 de febrero, FJ. 3º.

La seguridad nacional frente a los procesos de radicalización de grupos terroristas

pensamiento y de la moralidad”,⁴⁵ lo cual afectaría directamente al derecho de libertad religiosa y de conciencia, el Tribunal Supremo comprende que:

... es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo. No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.

En tanto que hoy en día la acción del Estado en la lucha contra el terrorismo y la radicalización se desarrolla tanto a nivel interno, externo como en el ciberespacio, dichas apreciaciones resultan significativas para arrojar luz a determinadas cuestiones planteadas en la Estrategia de Seguridad Nacional de 2021, tal y como veremos en el epígrafe siguiente.

A partir de aquí, con relación a la libertad religiosa y sus límites, el Tribunal Constitucional dispone:

... en cuanto “único límite” al ejercicio del derecho, el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para “la seguridad, la salud y la moralidad pública”, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto.⁴⁶

⁴⁵ C. GONZALEZ VAZ, *El delito de autocalificación terrorista*, cit., p. 89.

⁴⁶ STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11°.

3. La Estrategia de Seguridad Nacional 2021

En los últimos tiempos, la sucesión de actos terroristas perpetrados en nombre de la religión islámica ha originado la modificación o creación no solo de normas penales, sino también de políticas específicas encaminadas a la prevención y lucha de este tipo de terrorismo. Centrándonos en las políticas de seguridad nacional, nos encontramos con la *Estrategia de Seguridad Nacional 2021*⁴⁷ (en adelante, ESN), que sirve de marco de referencia para la política en este ámbito.⁴⁸

Dicho documento estructura una serie de herramientas no solo militares o policiales, sino que también comprende otros mecanismos de actuación frente a las amenazas y desafíos de la seguridad nacional como diplomacia, política exterior, economía, salud, educación, etc., por lo que, cada objetivo general es secundado por diferentes líneas de actuación.⁴⁹

La ESN se estructura en cinco capítulos. El primero, “Seguridad Global y Vectores de Transformación”, que analiza el contexto internacional de seguridad. El segundo, “Una España Segura y Resiliente”, traza un perfil de España y su seguridad. El tercero, recoge los “riesgos y las amenazas” a la seguridad nacional. El cuarto, “Un Planeamiento Estratégico Integrado”, establece los objetivos que marcan las prioridades de la Seguridad Nacional y el último trata “El Sistema de Seguridad Nacional y la Gestión de Crisis”.

3.1 La amenaza del terrorismo yihadista

Con relación a la contemplación del factor religioso, la *Estrategia de Seguridad Nacional* no alude al mismo en ningún punto, sino que reconoce y trata cuestiones relativas al terrorismo y la radicalización violenta

⁴⁷ Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, BOE Núm. 314.

⁴⁸ Sobre estrategias de seguridad y modelos de cooperación, *vid.*, D. SANSÓ-RUBERT PASCUAL, “Estrategias de seguridad, criminalidad organizada e inteligencia criminal: una apuesta de futuro” y J. PULIDO GRAJERA “El proceso de transformación de las Comunidades de Inteligencia europeas como factor de consolidación de la cooperación: el modelo social de cooperación”, en AA.VV, *Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea*, Ministerio de Defensa, 2012, pp. 205-217 y 167-174, respectivamente; O. JAIME, L. DE LA CORTE IBÁÑEZ y J. M^o. BLANCO, “Aproximación a la seguridad nacional”, en *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, LID, Madrid 2014, pp. 23-38.

⁴⁹ O. JAIME, L. DE LA CORTE IBÁÑEZ y J. M^o. BLANCO, “Aproximación a la seguridad nacional”, en *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, cit., p. 36.

en referencia al yihadismo.⁵⁰ Llama la atención, en comparación con la ESN del año 2017, la eliminación del fomento del diálogo intercultural e interreligioso dentro de la línea de acción dedicada a la prevención o el reconocimiento que en aquella se hacía a este diálogo como medio para el mantenimiento de un orden internacional basado en la legalidad y una gobernanza global más justa, inclusiva y eficaz.⁵¹

En los diversos análisis que se realizan a lo largo de la ESN se apuntan distintas regiones geográficas en las que el terrorismo yihadista está presente de diversas formas. De este modo, al referirse a África subsahariana se señala:

... en el Sahel, la desestabilización causada por el terrorismo yihadista se solapa con conflictos intercomunitarios en Estados que carecen de fortaleza institucional para hacer frente con éxito a este desafío múltiple. [...] La permanente crisis de gobernabilidad y la ausencia del Estado en grandes espacios de soberanía se suman a emergencias humanitarias por desastres naturales o por los efectos adversos del cambio climático. Todo ello en un entorno de fragilidades estructurales que, unidas a la presión sobre los limitados recursos para una población caracterizada por su elevado crecimiento demográfico, han exacerbado amenazas latentes como son el terrorismo yihadista, los numerosos conflictos intercomunitarios o los tráfico ilícitos. Además, los factores de inestabilidad del Sahel, y en particular la amenaza del extremismo violento, se extienden hacia los países costeros de África occidental y norte de África.

Además del Sahel, la amenaza terrorista yihadista también está presente en Oriente Próximo.

La retirada de Estados Unidos y de la OTAN de Afganistán tras 20 años de presencia continua abre otro frente de competición geoestratégica, además de significar un posible uso del territorio afgano como refugio y base de acciones terroristas por parte de grupos yihadistas.

[...] Oriente Próximo es un foco de atención internacional por su persistente inestabilidad, pero también por la proliferación de conflictos internos, la extensión del terrorismo yihadista, las graves crisis humanitarias y la injerencia de determinados actores globales y regionales al margen de marcos multilaterales.

Esta vertiente del terrorismo también es citada en el análisis de Asia-Pacífico, al señalar:

... los litigios marítimos en el mar del sur de China, las tensiones en torno a Taiwán, el conflicto sobre Cachemira o las disputas fronterizas entre India y China introducen elementos de inestabilidad regional, que se suman a amenazas como el desarrollo de armas y vectores nucleares en la República Popular Democrática de Corea o la expansión del terrorismo transnacional de carácter yihadista.

Respecto a Europa y España, la ESN considera que la amenaza del terrorismo yihadista está presente en distintos países europeos, además del Sahel, Magreb y Oriente medio desde donde se proyecta dicha amenaza sobre España, existiendo el riesgo de ataque sobre individuos e intereses nacionales en estas regiones.

Según los datos de Europol —el organismo de la Unión Europea para la cooperación policial— sobre la situación y las tendencias del terrorismo en la UE, en 2021 se produjeron 15 incidentes terroristas en los Estados miembros de la UE. El número total de atentados en 2021 fue muy inferior al de años anteriores, debido a una disminución significativa del número de atentados identificados como terrorismo de izquierda. Entre 2019 y 2021 se frustraron en la UE y el Reino Unido 29 planes yihadistas o de extrema derecha.⁵²

Los países de la UE notificaron un total de 15 atentados terroristas en 2021: Austria: 1; Bélgica: 1; Dinamarca: 1; Francia: 5; Alemania: 3; Hungría: 1; España: 1; Suecia: 2. Las dos víctimas mortales registradas en 2021 fueron consecuencia de los atentados yihadistas perpetrados en España y Francia. En 2023:

... se han producido atentados de corte yihadista en Francia, Alemania en el que fallecieron dos personas y el de Algeciras en España que se saldaron con una víc-

⁵⁰ Sobre los grupos yihadistas *vid.* E. AVILÉS HERNÁNDEZ, “El yihadismo como fenómeno global: análisis de la regulación internacional y su implicación en el código penal español”, en *Revista General de Derecho Penal* 33, 2020; A. SIDRO-LÓPEZ SIDRO, *Las sectas de la Yihad. Yihadismo terrorista, derecho y factor religioso*, Tirant lo Blanch-Universidad de Jaén, Valencia. (2021).

⁵¹ ESN, 2017, p. 36. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidenciadelgobierno/Documentos/2017-1824_Estrategia_de_Seguridad_Nacional_ESN_documento_pag.pdf (Última consulta 16/06/2023).

⁵² Información disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/terrorism-eu-facts-figures/> (Última consulta 16/06/2023).

La seguridad nacional frente a los procesos de radicalización de grupos terroristas

tima y un herido. Todos ellos producidos por individuos que perpetran los atentados solos sin que se les relacione con células concretas.⁵³

De esta manera, al no tenerse en cuenta el factor religioso se pierde la oportunidad de incidir en la radical diferencia entre religión, extremismo y adoctrinamiento para proyectar el elemento religioso o la propia religión no como un “enemigo”,⁵⁴ sino como un mecanismo de ayuda que fomente la concienciación social y contribuya “a fortalecer la resiliencia de la sociedad y del Estado”.⁵⁵ Es así, que el diálogo intercultural y religioso servirá para evitar la consideración equivalente entre terrorismo y religión islámica, ya que, a pesar de que individuos o grupos yihadistas se identifiquen como musulmanes, es claro que la mayoría de los creyentes que profesan la fe musulmana —mil seiscientos millones de personas— rechazan la violencia y los actos terroristas, además de que también sufren de primera mano las consecuencias de tales sucesos infames. Por ello, es necesario no inducir a la confusión con posibles equiparaciones entre musulmán y terrorista o enemigo, e incluso radicalizado con terrorista.

Finalmente, el diálogo ayudaría a la identificación de las causas que originan los actos o células terroristas, ya que, junto a factores exógenos como la pobreza o falta de integración, es común la condición musulmana de los terroristas. Por tanto, a pesar de que se constaten vínculos con el islam no se debe presentar a los musulmanes como sospechosos habituales, ni prohibir o restringir el reconocimiento de sus derechos o de sus comunidades, sino que, precisamente, las raíces del sectarismo yihadista deben ser extirpadas a través del diálogo intercultural y religioso, por resultar nocivo para el islam mismo y para la convivencia social en los países democráticos.

Bajo estas premisas, para actuar de forma eficaz, la estrategia establece tres ejes estratégicos sobre los que se articulan las líneas de acción de la política de seguridad nacional:

1. Una España que protege la vida de las personas y sus derechos y libertades, así como el orden constitucional.
2. Una España que promueve la prosperidad y el bienestar de los ciudadanos.
3. Una España que participa en la preservación de la paz y la seguridad internacional y defiende sus intereses estratégicos.

Dentro del primer eje se sitúa la lucha contra el terrorismo y la radicalización violenta, buscando “neutralizar la amenaza que representan las acciones terroristas dirigidas contra los ciudadanos y los intereses de España dentro y fuera de sus fronteras y hacer frente a los procesos de radicalización que conducen al extremismo violento”. A la hora de concretar la amenaza, la ESN se refiere a

... los actores solitarios, los combatientes terroristas extranjeros, la propaganda yihadista y extremista y la radicalización en las prisiones. También es necesario participar en iniciativas internacionales cuyo objetivo es impedir que determinadas zonas puedan convertirse en refugio para terroristas, bien sea por la debilidad de los gobiernos de esos territorios o por la afinidad ideológica de estos con los grupos yihadistas.

Tras estas apreciaciones no se realiza una conexión con los posibles delitos contra los que se estaría luchando, a pesar de que se señala que la participación en la lucha contra el terrorismo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los Servicios de Inteligencia y las Fuerzas Armadas en misiones internacionales resulta fundamental para hacer frente a esta amenaza, así como una actuación coordinada de todos estos actores.

Por otro lado, sí se detalla la necesidad de contar con la colaboración ciudadana en la lucha contra la radicalización y, en consecuencia, se declara la constitución de Oficinas de Prevención en las Delegaciones de Gobierno y de los grupos territoriales de prevención en las Juntas Locales de Seguridad, así como de coordinarse con los programas específicos de los que ya dispongan las Comunidades Autónomas. No obstante, no es posible encontrar en la web del Ministerio del Interior si tales oficinas han sido constituidas o no.⁵⁶

⁵³ H. JALLOUL MURO, “La prevención de la radicalización violenta como método más eficaz contra el terrorismo internacional el caso del yihadismo”. *Comillas Journal of International Relations*, 26 (2023), pp. 82-83.

⁵⁴ P. ACOSTA GALLO, “Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 11 (2006), p. 16.

⁵⁵ ESN, 2021.

⁵⁶ “Dentro el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el

A parte de la constitución de dichas Oficinas, para cumplir con la normativa europea, la ESN dispone la creación de la “Unidad Nacional de Notificación de Contenidos de Internet”, cuya tarea principal será para la monitorización y retirada de contenidos ilícitos de Internet. Sobre la creación de esta unidad no se especifica ningún detalle. Por aproximación, podemos mencionar la propia de Europol, la “Unidad de Notificación de Contenidos de Internet” (UNCI) de la Unión Europea, creada en 2015, cuya función es detectar e investigar contenidos maliciosos en Internet y en las redes sociales.

Una vez se haya constituido en España y comience a desarrollar su trabajo la Unidad Nacional, la misma tendrá que someter su actuación al *Reglamento sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea*, aprobado por el Consejo Europeo, el 29 de abril de 2021.⁵⁷ Este reglamento establece normas uniformes con el fin de luchar contra el uso indebido de los servicios de alojamiento de datos para la difusión entre el público de contenidos terroristas en línea. Respecto a los contenidos se centra en textos, imágenes y grabaciones sonoras o de vídeo, incluidas las transmisiones en directo, que inciten a cometer actos terroristas o a contribuir a cometerlos; den instrucciones sobre cómo cometer delitos; o induzcan a participar en grupos terroristas. El artículo 2.7 define qué se consideran “contenidos terroristas” con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales que entran en juego a la hora de compartir libremente información, ideas y creencias.⁵⁸

Crimen Organizado (CITCO) se ha creado el Centro de Coordinación de Información sobre Radicalización (CCIR) donde el ciudadano podrá aportar información sobre posibles casos de radicalización, ayudando a prevenir, detectar y neutralizar brotes o focos de radicalismo violento”. <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/plan-estrategico-nacional-de-lucha-contra-la-radicalizacion-violenta/colaboracion-ciudadana/> (Última consulta, 15/06/2023).

⁵⁷ Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea. DOUE, Núm. 172, de 17 de mayo.

⁵⁸ “Art. 2.7: A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: ‘contenidos terroristas’: uno o más de los siguientes tipos de material, en particular material que: a) incite a la comisión de uno de los delitos a que se refiere el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), de la Directiva (UE) 2017/541, cuando tal material preconice directa o indirectamente a través por ejemplo de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos; b) induzca a una persona o grupo de personas a cometer o contribuir a la comisión de los delitos a que se refiere el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), de la Directiva (UE) 2017/541; c) induzca

En la lucha contra la radicalización, la ESN apunta:

... se requiere fomentar y actualizar las herramientas para la prevención, la detección y el seguimiento de los procesos de radicalización, en general, con la colaboración ciudadana y en los centros penitenciarios, en particular, con programas de tratamiento y evaluación del riesgo de radicalización.

Teniendo en cuenta que no se precisan cuáles son dichas herramientas, cabe recordar el respeto al derecho de libertad religiosa y de conciencia en todo momento dentro del llamado proceso de radicalización, al considerar que incluso la asunción de determinadas ideas religiosas radicales y violentas propias del yihadismo, por sí mismas no caben dentro de la consideración de acciones terroristas por cometer, lo que conlleva la imposibilidad de aplicar el tipo delictivo de la captación y adoctrinamiento terrorista.⁵⁹ Por ello, resulta esencial conocer cuáles son esas herramientas, en tanto que podríamos encontrarnos con situaciones en las que lo que se estuviera persiguiendo fuera el pensamiento o las ideas, quebrando con ello el principio de responsabilidad por el hecho y acercándonos a la posible configuración de un derecho penal del enemigo.⁶⁰

De igual modo, cabe advertir el peligro que supone identificar al “radical” con el “terrorista”, por lo que se estaría dando a entender que el mero hecho de asumir determinados dogmas equivaldría a la comisión de un delito terrorista. Esta apreciación debe ser la premisa para interpretar, conforme al sistema de garantías penales, la afirmación de la ENS que indica:

... dentro de las fronteras de España, la principal amenaza proviene de individuos que han nacido o crecido

a una persona o grupo de personas a participar en las actividades de un grupo terrorista en el sentido del artículo 4, letra b) de la Directiva (UE) 2017/541; d) proporcione instrucción sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos cuyo fin sea la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo a que se refiere el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), de la Directiva (UE) 2017/541; e) constituya una amenaza de comisión de los delitos a que se refiere el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), de la Directiva (UE) 2017/541”.

⁵⁹ Cfr. PÉREZ CEPEDA, A., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 181 y ss.

⁶⁰ C. GONZALEZ VAZ, *El delito de autocalificación terrorista*, cit., pp. 188-191.

La seguridad nacional frente a los procesos de radicalización de grupos terroristas

en países occidentales que, tras ser radicalizados, atacan en su propia área de residencia. Igualmente relevante es la amenaza derivada de los procesos de radicalización en prisiones.

Es decir que ante los procesos de radicalización se ha de respetar el derecho a la libertad religiosa y de conciencia y los principios de culpabilidad por el hecho concreto ejecutado y la presunción de inocencia.⁶¹ Cuestión diferente es la efectiva comisión de un ataque terrorista y las distintas responsabilidades derivadas de los actos de cada fase del *iter criminis* que pudieran ser probados en el supuesto concreto.

Con relación a la radicalización en centros penitenciarios, el Consejo de la Unión Europea adoptó el 6 de junio de 2019, las “Conclusiones sobre la prevención y la lucha contra la radicalización en los centros penitenciarios y sobre el modo de actuar en relación con los delincuentes terroristas y extremistas violentos tras su puesta en libertad”. En estas conclusiones se señala:

... que actuar en relación con los delincuentes terroristas y extremistas violentos y prevenir la radicalización en los centros penitenciarios siguen siendo retos importantes en toda la UE, y que recomiendan que se fortalezca la capacidad de los Estados miembros para desarrollar, aplicar y evaluar herramientas de evaluación de riesgos y programas de desvinculación, para posibilitar la rehabilitación y la reintegración selectivas y eficaces de delincuentes terroristas y extremistas violentos.

Estas conclusiones incluyen un anexo de “Buenas Prácticas” que pueden servir de guía para la implementación de los programas de tratamiento y evaluación del riesgo de radicalización a los que alude la ESN de 2021.

Finalmente, en referencia a atentados terroristas determinados, a diferencia de la ENS de 2017, la Estrategia de 2021 no menciona atentados terroristas concretos, si bien cabe recordar en nuestro país, los atentados de agosto de 2017 en Barcelona y Cambrils⁶² y el reciente asesinato en enero de 2023 de un sacristán

en una iglesia de Algeciras que sitúan a España en el punto de mira del azote terrorista yihadista.

En la ENS de 2017 se definía más claramente esta amenaza estableciendo una conexión entre el terrorismo yihadista y el Dáesh.

El terrorismo yihadista proyecta su ideología radical y actúa a nivel global, incluyendo el propio territorio europeo, donde ha protagonizado execrables atentados. En el escenario actual, el principal protagonista de esta amenaza es Dáesh, que por su capacidad operativa, medios, proyección mediática y rápida expansión, se ha convertido en el referente del terrorismo yihadista. Sin embargo, estos grupos se caracterizan por su rápida mutabilidad y su adaptación a los cambios y estrategias seguidas contra ellos. [...] Los atentados indiscriminados en lugares de concentración de personas, transporte o infraestructuras críticas representan una tendencia actual del terrorismo yihadista, que opera tanto en células organizadas como de manera individual, con el fin de producir el mayor número de víctimas y un fuerte impacto propagandístico. [...] La escalada terrorista conlleva además medios de otros efectos negativos como el riesgo de tensiones sociales, inestabilidad política o reacciones violentas contra minorías, que a veces pueden tomar la forma de actos terroristas. La radicalización y el extremismo violento y la captación y adoctrinamiento con fines terroristas forman parte, asimismo, de las amenazas que han adquirido mayor protagonismo en los últimos años. Ello no sólo por las ideologías que los sustentan, sino también porque constituyen el estadio previo a que los individuos inmersos en dichos procesos se vinculen finalmente con grupos y organizaciones terroristas.⁶³

En la ESN de 2021 no se apunta de forma específica al Dáesh como amenaza para España, sino que se alude al compromiso de nuestro país con la seguridad de Oriente Próximo, con militares desplegados tanto en el Líbano, en el marco de las Naciones Unidas, como en operaciones de la OTAN, la Unión Europea y la Coalición Global contra el Dáesh.⁶⁴

⁶³ Estrategia de Seguridad Nacional 2017, pp. 58-60.

⁶⁴ La Coalición Internacional contra Dáesh se creó en la cumbre de la OTAN en Gales en 2014 para luchar contra el grupo terrorista. Sus actuaciones están amparadas por Naciones Unidas y está formada por 68 países y organizaciones, cuyos representantes se reunieron el miércoles 22 de marzo, encuentro al que asistió el ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, país miembro de la Coalición. Información disponible en <https://www.>

⁶¹ *Ibid.*, p. 181.

⁶² Los atentados terroristas perpetrados el 17 de agosto en Barcelona y Cambrils provocaron la muerte de 16 personas y más de 120 heridos. <https://www.elmundo.es/cataluna/2017/08/17/5995fc9522601d9f258b460e.html> (Última consulta, 21 de marzo de 2019).

Por tanto, el Dáesh sería uno de los grupos que puede clasificarse como terrorismo religioso.⁶⁵ Con esta alusión se muestra que el propósito de los terroristas islámicos no es exclusivamente religioso, sino que persiguen fines políticos, por cuanto buscan la imposición de un modelo de Estado que abarcaría el sistema social, político y religioso, basado en el cumplimiento de la ley islámica que se constituiría como norma fundamental del ordenamiento jurídico.⁶⁶ Por ello, se hace necesario diferenciar entre el legítimo proselitismo religioso que quedaría protegido bajo el derecho al libre ejercicio de la religión y la imposición del dominio político islámico mediante actos de violencia por motivos religiosos que de ninguna manera resultarían amparados por el derecho de libertad religiosa.

De igual modo, a los efectos de luchar frente a la radicalización y el extremismo violento y la captación y adoctrinamiento con fines terroristas⁶⁷ debe distinguirse entre, por un lado, el fomento del fanatismo por parte de los grupos yihadistas entre sus seguidores, cuyo objetivo será el fomento de actitudes violentas e intolerantes partiendo de unos postulados religiosos y, por otro, las manifestaciones o expresiones externas, ya sean de individuos o comunidades, que denoten las creencias musulmanas sin que rebasen el límite del orden público.⁶⁸ De este modo, únicamente las segundas permanecerían bajo la garantía del artículo 16 de la Constitución, tanto por formar parte del ejercicio del derecho de libertad religiosa como porque las autoridades públicas son incompetentes para juzgar la legitimidad de las creencias religiosas de los ciudadanos, en base al principio de neutralidad ideológica-religiosa del Estado.

dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/lucha-contra-daesh-un-compromiso-reforzado (Última consulta 16/06/2023).

⁶⁵ Sobre esta cuestión, vid. S. K. SAMIR, *El Islam en el siglo XXI. Una entrevista de Fernando de Haro*, Encuentro, Madrid 2017; J. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, “El dictamen de la comisión parlamentaria sobre el 11-m: libertad religiosa y terrorismo islamista”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 136 (2007), pp. 253-285. Tania Gabriela RODRÍGUEZ MORALES, “El terrorismo y nuevas formas de terrorismo”, *Espacios Públicos*, 15, 33, 2022.

⁶⁶ A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, “Yihadismo y libertad religiosa. Reflexiones desde la jurisprudencia española y del TEDH”, cit., pp. 4-5.

⁶⁷ Sobre esta cuestión, vid., S. CAÑAMARES, “Extremismo radicalización violenta y libertad religiosa”, en *Revista General de derecho Canónico y derecho Eclesiástico del Estado*, 46 (2018), pp. 1-27.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 19-22.

4. Valoraciones finales

La Estrategia de Seguridad Nacional 2021 determina el marco de referencia de España para la política del Estado en materia de seguridad nacional, incluyendo entre los asuntos a tratar la lucha contra el terrorismo y, de forma específica, el yihadismo. No obstante, a pesar del elemento religioso que forma parte de estos grupos terroristas, la ESN no concibe el elemento religioso, si bien se refiere de forma específica a la amenaza que supone para diversos entornos regionales en el ámbito internacional este tipo de terrorismo, incluyendo Europa y España.

La ESN no se constituye como un documento de carácter jurídico, por lo que tampoco aborda la protección de ciertos derechos fundamentales que entran en juego a la hora de implementar estrategias de lucha contra el terrorismo y, en consecuencia, tampoco se plantea en términos penales para conocer cuáles son los delitos que se deben perseguir ante la amenaza del terrorismo yihadista.

Delimitado este contexto y situando la seguridad como un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades de los ciudadanos y no como un fin en sí mismo, tal y como reconoce el Preámbulo de la actual Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana,⁶⁹ a efectos de la implementación de acciones que desarrollen los objetivos contenidos en dicha *Estrategia*, los poderes públicos, conforme al principio de neutralidad ideológica-religiosa, no disponen de facultad para juzgar las creencias personales de los ciudadanos, ya sean de naturaleza religiosa u otra, sino que para valorar la puesta en peligro de la seguridad pública y cerciorarse de que las manifestaciones que derivan del ejercicio del derecho de libertad religiosa no quebrantan el orden público protegido por la ley, podrán examinar la sinceridad e importancia de tales convicciones correspondiendo al individuo que las profesa —como titular del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y religión— la carga de probar cuáles son las creencias válidas y sinceras en cada caso concreto dentro de los límites marcados por el artículo 16 de la CE y el artículo 3. 1 de la LOLR.

En todo caso, los límites que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de

⁶⁹ Vid. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

lo razonable,⁷⁰ por lo que cualquier puesta en peligro de la seguridad, salud o moral públicas tiene que ser probada antes de restringir o eliminar el ejercicio del derecho de libertad religiosa.⁷¹

Por todo ello, teniendo en cuenta los planteamientos de la ESN para luchar contra la radicalización debemos tener presente la estrecha línea divisoria que separa la comisión de determinados delitos como los tipificados en los artículos 577 y 575.2 del CP y la vulneración del derecho de libertad religiosa y de conciencia, por lo que es clave investigar en cada caso particular si el proceso de radicalización está precisamente instrumentalizado a desarrollar comportamientos terroristas en el futuro o si, por el contrario, responde al libre ejercicio de la libertad religiosa.

En otras palabras, reconociendo la legitimación de los poderes públicos para limitar el ejercicio del derecho de libertad religiosa, así como de otros derechos fundamentales con el objetivo de salvaguardar la seguridad ciudadana a través de acciones de lucha contra la radicalización o extremismo violento que conduce al terrorismo, es necesaria la garantía de respeto al régimen jurídico de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, por lo que las medidas que se adopten deben estar previstas por la ley y disponer de una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y los efectos perseguidos, además de procurar una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo legítimo perseguido.

⁷⁰ STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6º.

⁷¹ STC 46./2001, de 15 de febrero, FJ 11º.



El discurso terrorista y su financiación



Juan Carlos Ferré Olivé

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva*

RESUMEN: Este artículo analiza el discurso terrorista y su relación con la financiación del terrorismo. A través de la difusión pública de mensajes y consignas se llega a la financiación del discurso y al discurso de la financiación.

PALABRAS CLAVE: Financiación del terrorismo. Directiva (UE) 2017/541. Enaltecimiento. Provocación pública.

ABSTRACT: This article analyzes the terrorist discourse and its relationship with the financing of terrorism. Through the public dissemination of messages and slogans, the financing of the discourse and the discourse of financing is reached.

KEYWORDS: Financing of terrorism. Directive (EU) 2017/541. Exaltation. Public provocation

SUMARIO: 1. Aproximación. 2. Publicidad, propaganda, incitación, financiación. 2.1. El enaltecimiento y la provocación pública. 2.2. La difusión pública de mensajes y consignas. 2.3. La financiación del discurso y el discurso de la financiación. 3. La financiación del terrorismo. 4. Bibliografía.

Rec: 15-03-2023 | Fav: 21-06-2023

El discurso terrorista y su financiación

1. Aproximación

Se entiende por discurso terrorista toda manifestación que apoye o promueva la comisión de ataques terroristas por parte de sus receptores.¹ El discurso terrorista punible está legalmente emparentado con el delito de financiación del terrorismo, en tanto y en cuanto se trata de distintas modalidades de “delitos relacionados” con actividades terroristas. Desde los atentados del 11S se viene desarrollando en el plano internacional una renovada política criminal antiterrorista, fruto de la necesaria adaptación a las nuevas circunstancias. Como señala González Vaz, organizaciones terroristas como el Dáesh se sirven de la red virtual para desarrollar sus actividades criminales, “desde su propia financiación hasta la difusión de su propaganda”.² Justamente estas dos actividades resultan de particular interés, ya que se puede aportar financiación (art. 576 CP) para promover el enaltecimiento o la justificación de actos de terrorismo o de sus responsables (art. 578.1 CP), respaldando económicamente una revista online como las que responden al Dáesh (*Dabiq* y *Rumiyah*),³ o utilizar estos medios para emitir mensajes o consignas que sirvan para recabar fondos por parte de eventuales simpatizantes con el terrorismo (art. 579.1 CP).

Según la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, entre los “Delitos relacionados con actividades terroristas” previstos en su Título III se encuentran la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo (artículo 5), el instar a la comisión de un delito de terrorismo (artículo 6) y la financiación del terrorismo (art. 11).⁴ Esta

afinidad, como no puede ser de otra manera, se ve reflejada en nuestro Código Penal, ya que ha pasado —al menos formalmente— por el obligado tamiz de la transposición de directivas europeas.

Conforman el punto de partida, sin duda, las definiciones europeas y nacionales de terrorismo, es decir, el enunciado previsto en el art. 3º de la Directiva 2017/541 (delitos principales de terrorismo),⁵ ampliado con los delitos relacionados con actividades terroristas, ya mencionados,⁶ y en el ordenamiento jurídico español, el art 573. 1 CP, que determina una serie de delitos comunes que se convertirán en delitos de terrorismo en base al nexos subjetivo, es decir, si se realizan con las finalidades terroristas allí expresadas y, por último, todos los delitos calificados como terroristas en la Sección Segunda del Capítulo VII, Título XXII del Libro II del Código Penal (arts. 573 a 579 CP).⁷ En síntesis, como señala Muñoz Conde, una serie de delitos agravatorios de delitos comunes, aglutinados por lo subjetivo, en algunos casos caracterizables por una amplitud desmesurada que raya en la indeterminación, y otra serie de conductas (autocapacitación, enaltecimiento, financiación, colaboración, etc.) que se construyen sobre soluciones técnicas al menos discutibles.⁸

La financiación del terrorismo está ligada, en síntesis, con todas las conductas relacionadas estrictamente con el terrorismo, en tanto y en cuanto el art. 576 CP sanciona mecanismos de financiación de todo tipo que “se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados” para cometer *cualquiera* “de los delitos comprendidos en este capítulo”. El cambio de paradigma en la lucha contra el terrorismo, es decir, el tránsito de la represión a la prevención afecta a todos los

¹ Cfr. Galán Muñoz, A. (2020:354).

² Cfr. González Vaz, C. (2019:112 y sig.).

³ Como destaca C. González Vaz (2021: 119 y sig.) estas publicaciones invitan a viajar a Siria o Irak, o instruyen acerca del modo en el que debe llevarse a cabo un atentado terrorista, como los materiales a utilizar (furgonetas negras, símbolos, modo de realizar las ejecuciones con cuchillos, etc.).

⁴ “Artículo 5. Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos. Artículo 6. Captación para el terrorismo. Los Estados miembros

adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de instar a otra persona a que cometa o contribuya a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), o en el artículo 4. [...] Artículo 11. Financiación del terrorismo. 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de aportar o recaudar fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan a utilizar, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 10”.

⁵ Cfr. Pomares Cintas, E. y García Rivas, N. (2021:150 y sig.)

⁶ Sobre la regulación europea, cfr. Galán Muñoz, A. (2020:352 y sig.).

⁷ Cfr. Pomares Cintas, E. y García Rivas, N. (2021:146 y sig.)

⁸ Cfr. Muñoz Conde, F. (2019: 820 y sig.).

delitos de terrorismo, tanto los que se centran en el discurso terrorista como los que se fundamentan en la financiación. Este cambio de perspectiva ha ido en paralelo a la evolución que se advierte desde el terrorismo doméstico o interior de cada Estado al de perfil internacional y *yihadista* que se ha impuesto en los últimos años.⁹

2. Publicidad, propaganda, incitación, financiación

El discurso terrorista de interés para el derecho penal se circunscribe a los actos de apoyo o promoción que incentiven la comisión de otro delito de naturaleza terrorista. Concretamente se centra en los delitos de enaltecimiento y justificación pública de actos terroristas o de sus responsables, y en la incitación a cometer actos concretos de terrorismo, aunque el discurso también puede ir dirigido al adoctrinamiento terrorista, que supone una modalidad de colaboración.¹⁰

2.1 El enaltecimiento y la provocación pública

Sanciona el art. 578.1 del Código Penal con pena de uno a tres años de prisión y multa de 12 a 18 meses, entre otros comportamientos, “El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución...”. Añade el número 2 de dicho artículo 578:

Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

El enaltecimiento del terrorismo ha sido siempre un delito polémico, porque ha sido utilizado en la práctica para sancionar penalmente a aquellos que de manera efectiva enaltecen o justifican el terrorismo, pero también a otros que a través de manifestacio-

nes artísticas o humorísticas estéticamente discutibles han abordado el tema terrorista y se han visto perseguidos penalmente, lo que parece a todas luces excesivo.¹¹ Efectivamente, se trata de delitos que podrían entrar en contradicción con el derecho constitucional a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE). Una tendencia jurisprudencial puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional (STC 177/2015) y por el Tribunal Supremo (STS 378/2017, de 25 de mayo, entre otras), ha considerado que la limitación a la libertad de expresión que se deriva del delito de enaltecimiento del terrorismo es, en principio, conforme a derecho.¹² El Tribunal Constitucional ha adoptado también una interpretación restringida de este delito en la importante STC 112/2016, de 20 de junio, que limita la intervención penal cuando sea una manifestación del *discurso del odio*.¹³ Sin embargo, un sector doctrinal defiende con vehemencia que estas conductas, en cuanto *delitos de opinión*, no deben ser constitutivas de una infracción penal por carecer de peligro para bienes jurídicos y entrar en contradicción con el ya mencionado derecho constitucional a la libertad de expresión.¹⁴

2.2 La difusión pública de mensajes y consignas

Establece el art. 579.1. CP:

Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo.

Se lo ha calificado como un *delito de propaganda*, recibiendo innumerables críticas doctrinales.¹⁵ Se trata de mensajes o consignas que inciten de forma

¹¹ Cfr. Muñoz Conde, F. (2019: 832); Galán Muñoz, A. (2020:369). Destacan estos autores las relevantes sentencias del Tribunal Constitucional —en particular la STC 112/2016— intenta poner coto a estas exageradas interpretaciones de este delito.

¹² Cfr. Bayarri García, C. (2018: 284 y sig.).

¹³ Cfr. el análisis de Galán Muñoz, A. (2020:369 y sig.). También Pomares Cintas, E. y García Rivas, N. (2021:275 y sig.)

¹⁴ Cfr. Mira Benavent, J. (2018: 301 y sig.), quien entiende que esta figura no pretende actuar contra las organizaciones terroristas sino contra sus planteamientos políticos e ideológicos, por lo que propone su derogación. También considera incompatible la regulación actual del delito de enaltecimiento del terrorismo con el derecho a la libertad de expresión Galán Muñoz, A. (2020:374).

¹⁵ Cfr. Pomares Cintas, E. y García Rivas, N. (2021:278 y sig.)

⁹ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. (2018: 1315 y sig.). También ampliamente cfr. Pomares Cintas, E. y García Rivas, N. (2021: 137 y sig.)

¹⁰ Sobre el discurso de adoctrinamiento, cfr. Galán Muñoz, A. (2020:375fy sig.).

El discurso terrorista y su financiación

pública y directa a cometer un delito terrorista, pero también de otros que no lo hagan de una forma directa, pues es suficiente su idoneidad para incitar a la comisión de un *concreto* delito de terrorismo, en tanto y en cuanto la pena se relaciona directamente con el delito al que se ha incitado.¹⁶

2.3 La financiación del discurso y el discurso de la financiación

El art. 576 CP, en su regulación actual, sanciona con penas draconianas (en las modalidades dolosas, de cinco a diez años de prisión y multa del triple al quíntuplo del valor de los bienes, aplicable a su variante básica -en realidad una tentativa-, que puede elevarse de diez a quince años de prisión si los bienes o valores se *ponen efectivamente* a disposición del terrorista responsable; en la imprudencia grave la pena amenazada es de un año y tres meses a cinco años, más multa), cuando el sujeto:

... por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo.

Como se puede advertir fácilmente, sobre la base de este marco normativo puede quedar conformada una relación directa entre el discurso terrorista y el delito de financiación del terrorismo, que implica a todos los sujetos que han participado en su ejecución.

3. La financiación del terrorismo

La prensa española informaba el día 25 de marzo de 2021 que “El líder de la comunidad islámica de España encubría las ayudas a Al Qaeda como donaciones a los huérfanos de Siria”. En medios policiales y de la fiscalía, se le atribuye un delito de financiación del terrorismo.¹⁷ Se trata de un ejemplo real de la existencia de mecanismos a través de los cuales se puede estar prestando apoyo económico para la realización de

atentados, o para sustentar financieramente iniciativas políticas como el denominado “Estado islámico”. El fenómeno no conoce limitaciones geográficas, pues se puede transferir dinero o riqueza al instante desde cualquier parte del mundo. Se trata, por lo tanto, de desarrollar una estrategia preventiva y sancionadora dirigida a evitar que estas contribuciones se materialicen.

El terrorismo actual vive una transformación sustancial, pues, si en el pasado reciente prevalecía el de naturaleza política, hoy predomina ampliamente el terrorismo de corte religioso, que se distingue por los ataques indiscriminados, la dificultad de prevenirlo y el estado latente de inseguridad que se ha impuesto a nivel mundial.¹⁸ Todo ello ha conducido a que se generalizaran en el plano internacional reformas jurídicas importantes, que han derivado en una expansión que puede calificarse de *descontrolada*, sin límites nítidos. Así, percibimos en el sistema penal español la aparición de innumerables delitos en el marco del terrorismo que son de justificación dudosa, pues se dirigen al adelantamiento de las barreras de protección, a sancionar conductas como el adoctrinamiento, el autoadoctrinamiento¹⁹ y los viajes con fines terroristas, todo ello en un contexto de penas draconianas y por ello, justamente, alejadas de toda proporcionalidad. En este contexto aparecen, como acertadamente manifiesta Núñez Castaño, delitos de terrorismo que nada tienen que ver con el terrorismo, siendo el más notorio de ellos el de financiación.²⁰ Se los ha calificado como delitos preparatorios autónomos con finalidad terrorista,²¹ pero una aplicación rigurosa de sus disposiciones puede llevar a resultados absurdos. Así, por ejemplo, un sujeto que pretenda contribuir a financiar una revista del Dáesh, intentado ingresar cinco euros en la cuenta corriente destinada al efecto, o incluso comprando un ejemplar en papel, podría llegar a recibir una pena de prisión de cinco a diez años, o incluso de diez a quince años si los fondos “se ponen efectivamente” a disposición del editor. En el primer caso no deberá preocuparse por la pena de multa, que no podrá superar los veinticinco euros. Lo mismo

¹⁸ Cfr. Núñez Castaño, E. (2021:365 y sig.). Destaca esta autora que en esta situación hemos abandonado la sociedad de la seguridad para instalarnos en la sociedad del miedo y de la vulnerabilidad.

¹⁹ Sobre este delito, cfr. muy ampliamente González Vaz, C. (2021: *passim*).

²⁰ Cfr. Núñez Castaño, E. (2021:391 y sig.).

²¹ Cfr. Pomares Cintas, E. y García Rivas, N. (2021: 204 y sig.)

¹⁶ Cfr. Galán Muñoz, A. (2020:368).

¹⁷ Fuente: *Periódico La Razón*. https://www.larazon.es/espana/20210325/ucrpvm6lvejza35g2qdozjq34.html?utm_medium=webpush

ocurriría a aquel que intentara financiar en esa revista un espacio de publicidad para dar difusión comercial a sus productos lícitos, siempre que en él concurra la finalidad de contribuir a la difusión del discurso terrorista que se realiza a través de esa publicación.

Tomando como punto de partida los acontecimientos que se han ido sucediendo recientemente en distintos puntos del planeta, resulta evidente el enorme impacto que provoca el terrorismo como problema universal. Muchas personas temen ser víctimas de un acto terrorista en cualquier parte del mundo, ya que este fenómeno no conoce fronteras. Dichos actos se caracterizan esencialmente por generar terror a través de la utilización de medios violentos. Para alcanzar sus objetivos el terrorismo requiere un aparato de apoyo económico, que brinde sustento y haga posible la supervivencia de su complejo entramado. Así, la financiación se convierte en un elemento clave para la existencia y al mismo tiempo para la prevención de actos terroristas, hecho del que derivan lógicamente responsabilidades penales. Pero esta necesidad de intervención penal debe basarse en la *proporcionalidad*.

La financiación del terrorismo —por su *parentesco formal* con el blanqueo de capitales y siguiendo su estela— se ha convertido en los últimos años en una de las cuestiones más relevantes de la política criminal a nivel universal, porque se centra en movimientos no controlados de la riqueza²² que persiguen un fin inaceptable. Prueba de ello es la infatigable tarea de reformas legislativas que se materializan en todos los frentes mundiales para atender a la peculiar problemática que presentan estas figuras delictivas. Bien es cierto, como apunta Abel Souto, que estamos ante un sector financiero muy informatizado e internacionalizado, que es muy positivo desde el punto de vista tecnológico y por la rapidez de las transacciones, pero es negativo porque su volatilidad y desregulación conducen a una mayor facilidad para el blanqueo de capitales²³ y también, por puro mimetismo, para la financiación del terrorismo.

Desde hace algunos años se viene desarrollando en el ámbito internacional una política criminal común para los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Así se puede ver en las

Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), las distintas directivas europeas en esta materia (años 2005 y 2015) y en el Convenio del Consejo de Europa de 2005. Este planteamiento común es al menos cuestionable, pues el blanqueo de capitales se encuentra ligado tradicionalmente al narcotráfico y a la criminalidad organizada nacional o internacional, y aunque haya ampliado su ámbito de intervención a la legitimación de bienes procedentes de cualquier delito, no dejan de ser esencialmente conductas que tienden a incorporar al tráfico económico con apariencia de legitimidad bienes ocultos procedentes de un delito, encubriendo su origen ilícito con cualquier finalidad. Se trata, en definitiva, de una conducta que no puede equipararse sin más a la financiación del terrorismo.

Este paralelismo normativo genera incertidumbre por las dificultades que se presentan a la hora de su justificación. Así, parece evidente que a diferencia del delito de blanqueo de capitales que exige en su esencia operar sobre bienes contaminados, concretamente los beneficios o ganancias procedentes del delito previo, la financiación del terrorismo puede canalizarse a partir de bienes lícitos. Aquello contra lo que se lucha en el blanqueo de capitales es el peligro que genera la apariencia de legitimidad de los bienes de origen delictivo (por eso en distintos países se habla de un delito de legitimación de capitales), mientras que la financiación del terrorismo pone el acento en el destino de los bienes y en la finalidad terrorista, por lo que el pretendido paralelismo es difícilmente apreciable, y el similar tratamiento jurídico no logra una justificación suficiente. Ya no se trata únicamente de los mecanismos jurídicos internacionales, pues esta aproximación conceptual está presente en el Código Penal español en la medida en que se mimetizan las conductas que dan lugar al delito de blanqueo de capitales del art. 301.1 CP y las que se persiguen a través del delito de financiación del terrorismo del art. 576.1 CP.

Adviértase que la doctrina ya denomina a estas figuras delictivas *de contenido económico* incorporadas entre los delitos de terrorismo “blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas”²⁴ o “financiación y blanqueo de organización terrorista”,²⁵ lo que pretende destacar con claridad la fusión que se ha llevado a cabo entre todas estas conductas delictivas.

²² Sobre la universalidad de estos delitos cfr. Abel Souto, M. (2002:45 y sig.).

²³ Cfr. Abel Souto, M. (2002:55), quien añade que el carácter internacional del blanqueo de capitales exige una respuesta también internacional.

²⁴ Cfr. Muñoz Conde, F. (2019:827).

²⁵ Cfr. Pomares Cintas, E. y García Rivas, N. (2021:211)

El discurso terrorista y su financiación

tivas que afectan al orden público y a la economía.²⁶ Sin embargo, no son expresiones del todo correctas porque, como ya he puesto de manifiesto, blanquear supone convertir bienes de origen ilícito en otros aparentemente lícitos a través de maniobras de ocultación, mientras que la financiación del terrorismo hace referencia a destinar fondos —normal pero no necesariamente lícitos—, a finalidades terroristas. Se hace evidente la *adaptación mimética* de las modalidades comisivas del delito de financiación del terrorismo a las del blanqueo de capitales, lo que no parece correcto ni desde el punto de vista técnico, ni preventivo, ni dogmático, ni político-criminal. Y lo mismo ocurre en el ámbito de la prevención, pues la Ley 10/2010 de 28 de abril que consagra la regulación y sanción administrativa del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo incurre exactamente en el mismo error de bulto.

Entre los innumerables problemas que afrontan las sociedades democráticas contemporáneas se encuentra el mal uso del dinero, concretamente aquel que proviene de actividades delictivas o que va dirigido a la comisión de determinados hechos delictivos, en concreto a financiar delitos relacionados con el terrorismo. Esta particular y nebulosa parcela, que genera indudables daños al conjunto de la sociedad, recibe, como estamos viendo, un tratamiento jurídico por partida doble. Por una parte, los *aspectos preventivos* —con sus correspondientes espacios sancionatorios— han sido encargados al derecho administrativo, que al hilo de disposiciones de organismos internacionales (ONU, GAFI o Financial Action Task Force on Money Laundering, Unión Europea, etc.) y de las consecuentes autoridades nacionales (SEPBLAC, Unidad de Inteligencia Financiera, etc.) genera un marco jurídico complejo y, en ocasiones, sorprendente. Por otra parte, aparecen los específicos *aspectos represivos* más contundentes a través de preceptos sancionatorios penales a los que se aplican todos los parámetros de la teoría general del delito y que prevén responsabilidades dolosas y culposas, con penas a menudo draconianas, siempre en la esfera del derecho penal. Este panorama de doble persecución administrativa y penal se complica aún más porque pretende conciliar lo difícilmente conciliable: el blanqueo de capitales (que mira al pasado) con la financiación del terrorismo (que mira al futuro).

Para interpretar la actitud política del Estado en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo no podemos dejar de mencionar las más recientes corrientes filosóficas que nos hablan de un *nihilismo jurídico* que nos conduce, ni más ni menos, a una proliferación normativa, a la instrumentalización del derecho y, en síntesis, a una legalidad sin sentido. Como sostiene A. Pereira Menaut, en particular en el ámbito punitivo nos encontramos ante un derecho penal “más orientado al servicio de lo político y del control social, menos garantista, más regulador (*id est*, criminalizador) de todo lo criminalizable (las acciones criminalizadas por la legislación penal actual abarcan un abanico indebidamente amplio) y más punitivo”.²⁷ Este razonamiento es plenamente trasladable al blanqueo de capitales y a la financiación del terrorismo, en la medida en que sobre estos ámbitos se provoca un alarmismo en ocasiones exagerado, sobre el que se plasman inconfesables objetivos de naturaleza política o económica. La legislación internacional y nacional contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (Disposiciones de Naciones Unidas, GAFI, múltiples directivas europeas, Código Penal y otras leyes nacionales) serían una muestra evidente de *nihilismo jurídico*: objetivos políticos y financieros absolutos, ausencia de *prudentia iuris*, sería afección a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ausencia infinita de tolerancia, etcétera.²⁸

La metodología empleada por el GAFI, la Unión Europea y nuestra legislación nacional (Ley 10/2010, de 28 de abril) supone esencialmente responsabilizar a una enorme y variopinta lista de sujetos (desde abogados y notarios hasta joyeros, pasando por entidades financieras y empresas de servicios postales que realizan giros, transferencias, etc.) imponiéndoles el deber de vigilar y denunciar a sus clientes ante cualquier conducta sospechosa de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Se crea así un mecanismo de investigación parapolicial encubierto y gratuito (la única recompensa por el servicio prestado consiste en no ser sancionado administrativamente). Como destaca A. Pereira Menaut, este mecanismo “repugna a la libertad y a la confianza en el *common man* que en su día dieron lugar al nacimiento del constitucionalis-

²⁷ Cfr. Pereira Menaut, A.C. (2019: 103 y sig.)

²⁸ Cfr. Pereira Menaut, A.C. (2019: 114 y sig.). Destaca este autor que aquí no se protege al hombre, sino a la “integridad del sistema financiero”.

²⁶ Cfr. Faraldo Cabana, P. (2018:1460).

mo”, generando una *filosofía de la sospecha*, que se presenta como contraria a la presunción de inocencia.²⁹

Las recomendaciones GAFI —e incluso los de la OCDE— entrañan lo que ya se conoce como *soft law*,³⁰ criterios que surgen de organismos o instituciones internacionales que no son competentes para generar reformas legislativas, pero cuentan con un indubitado peso específico internacional que las hace fácticamente obligatorias para muchos Estados, esencialmente cuando se trata de temas que entran en el espacio de lo económico, de la libre competencia y de la financiación internacional (blanqueo de capitales, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal, lucha contra la corrupción y el terrorismo, etc.). La influencia del GAFI con sus recomendaciones en materia de terrorismo, por ejemplo en materia de financiación de desplazamientos internacionales, ha sido destacada por la doctrina.³¹

El poder universal del GAFI no se comprende fuera del contexto de la nueva forma de Estado fruto de la globalización, el llamado *Estado regulatorio* que recurre a una delegación de poderes del Estado hacia agencias independientes, que adquieren un poder ilimitado en algunas materias. Así, indica Silva Sánchez que son los técnicos los que deciden sobre qué y cómo sancionar.³² En este contexto, como señala Varela, de forma inmediata se somete a los mercados, y de forma mediata, a los propios Estados.³³

Considero que la política criminal que desarrolla el GAFI/FAFT carece de fundamentos sólidos, ya que responde en buena medida a un oportunismo e improvisación más propios de soluciones policiales a corto plazo. Adoptando un sentido crítico que compartimos plenamente, Bajo Fernández considera que el GAFI/FAFT y organismos similares responden a la mentalidad de una clase burócrata que “confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la lucha contra la criminalidad organizada con la función del Derecho Penal”.³⁴ Añade este autor que “muchos delitos económicos han nacido debido a la presión interna-

cional de *funcionarios tecnócratas* ignorantes de los principios del Derecho penal”. Entre ellos destaca el delito de blanqueo de capitales.³⁵

En definitiva, estamos asistiendo a un proceso de *americanización* del derecho penal de los negocios, a través de estrategias político-criminales totalmente novedosas.³⁶ En este contexto, se considera el blanqueo de capitales como el principal ejemplo de americanización del derecho penal económico que tendría como objetivo, más allá de una hipotética tutela de los mercados, responder a los intereses de la banca y garantizar, como señala Nieto Martín, “una mayor eficacia en la labor de las autoridades administrativas encargadas de detectar y confiscar el dinero procedente de operaciones ilegales, asegurando la colaboración de las entidades financieras y el cumplimiento de un conjunto de deberes de organización”.³⁷ Este modelo se ha extendido a la “segunda hornada de normas antiblanqueo” o “blanqueo al revés”, es decir, a la financiación del terrorismo.³⁸

El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son muestras evidentes de la moderna *expansión* del derecho penal,³⁹ y al mismo tiempo de la *absorción* por parte del derecho penal de un modelo sancionador anteriormente reservado en exclusiva al derecho administrativo. Silva Sánchez, principal monografista en estas materias, consigna entre las causas más frecuentes de esta expansión “la desconfianza en el Derecho administrativo como mecanismo de gestión de riesgos”.⁴⁰ Sin embargo, es justamente en el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo el espacio donde se aprecia un increíble esfuerzo le-

²⁹ Cfr. Bajo Fernández, M., (2013: 409). Añade este autor que muchos de estos funcionarios cuando se incorporan a tareas de gobierno en sus países abogan por anexas de manera efectiva esas normas al derecho interno.

³⁰ Entre las nuevas propuestas político-criminales destacan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el criminal compliance, la autorregulación empresarial, etc. Cfr. Nieto Martín, A. (2007:121 y sig.). Señala este autor que americanización no supone un juicio de valor (imperialismo jurídico), sino un proceso de recepción de normas jurídicas prevalentes en los Estados Unidos, sin descartar que algunas de ellas se hayan impuesto internacionalmente a través de presiones.

³¹ Cfr. Nieto Martín, A. (2007:130). Añade este autor que desde el primer momento los Estados Unidos pretendieron universalizar el blanqueo de capitales. Considero que sin duda han alcanzado ese objetivo.

³² Como señala Nieto Martín, A. (2007:130) esta nueva orientación fue acogida de inmediato por el GAFI y las sucesivas Directivas de la Unión Europea.

³³ Cfr. Abel Souto, M. (2016: 123 y sig.).

³⁴ Cfr. Silva Sánchez, J.M. (2016:35).

²⁹ Cfr. Pereira Menaut, A.C. (2019: 120 y sig.). Este autor señala que, por ejemplo, en la actualidad nadie puede hablar con confianza en su banco. El control de los ciudadanos, en vez de ser excepcional, se está convirtiendo en la regla.

³⁰ Cfr. López Barrero, E. (2019: 93 y sig.).

³¹ Cfr. Pomares Cintas, E. y García Rivas, N. (2021:145)

³² Cfr. Silva Sánchez, J.M. (2015: 1).

³³ Cfr. Varela, L. (2018: 292).

³⁴ Cfr. Bajo Fernández, M. (2009: 12).

El discurso terrorista y su financiación

gislativo para dotar a la Administración de un instrumento de gestión de riesgos de máxima operatividad y eficacia, como es la Ley 10/2010, de 28 de abril, que desarrolla al extremo la gestión de riesgos asentándose sobre un mecanismo sancionador-administrativo contundente, como antesala de las cada vez más desarrolladas y expansivas responsabilidades penales, que son de plena aplicación a personas físicas y jurídicas.

Nos encontramos ante dos líneas políticas: una preventiva y represiva (administrativa), la otra criminal (penal). Entre ellas debería existir una coordinación plena, que es difícil de lograr en el mundo real.⁴¹ La línea administrativa se traza en España desde las autoridades económicas y judiciales (Ministerio de Economía, SEPBLAC, Comisión de Vigilancia de Actividades de financiación del Terrorismo, Jurisdicción Contencioso- Administrativa, etc.), mientras que la criminal debería ser dirigida desde el Ministerio de Justicia, institución que resulta de hecho subordinada a los vaivenes de las autoridades económicas, y aplicada por la justicia penal. En todo caso, tratándose de temas penales, algunas decisiones poco atinadas de la Administración logran neutralizarse por los jueces a través de la aplicación de los principios constitucionales que disciplinan la materia penal, que deben ser tenidos en cuenta en todas y cada una de las oportunidades en los que se pretende aplicar el delito de blanqueo de capitales o el de financiación del terrorismo.

Se encomienda al derecho administrativo una intervención preventiva, a través de la consideración como ilícito administrativo de una serie de actuaciones que se consideran *ex ante* como generadoras de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, funcionando como una anticipación de la auténtica responsabilidad penal⁴² a través de una metodología similar a la de los delitos de *peligro abstracto*. Se amenaza y sanciona administrativamente por esta vía a los sujetos actualmente enumerados en el art. 2 de la Ley 10/2010, sin perjuicio de contemplarse para ellos una sanción penal en caso de apreciarse una conducta dolosa (art. 576.1 a 3 CP) o imprudente (art. 576.4 CP) que sería incompatible con la sanción administrativa si se tratara de los mismos hechos (*non bis in idem*).

El derecho administrativo sancionador no se ocupa, por cierto, de las infracciones administrativas de

blanqueo de capitales y financiación del terrorismo *en sentido estricto*. Se trata de las infracciones menores que se encuadran en los delitos correspondientes, sobre las que en realidad no se aprecia necesidad de pena. Nuestra legislación deja ese espacio en exclusiva al derecho penal cuando la lesividad al bien jurídico resulta tan escasa como innecesaria y, por lo tanto, la intervención punitiva pierde todo su sentido. Es una problemática que invita a una seria y profunda reflexión desde una perspectiva político-criminal.

La LO 5/2010, de 22 de junio, tipificó por vez primera la financiación del terrorismo como un delito autónomo, texto que fue modificado por el actualmente vigente art. 576 CP, incorporado por la LO 2/2015, de 30 de marzo.⁴³ De esta forma se certifica la independencia de este tipo penal de las anteriores soluciones que defendían su tratamiento como acto de colaboración con el terrorismo, que siendo su genuina naturaleza ha pasado, en aplicación del concurso de normas y del principio de especialidad, a gozar de autonomía plena. La reforma operada por la mencionada LO 2/2015, de 30 de marzo, introdujo importantes cambios en materia de terrorismo y su financiación, adaptando la legislación española a las directrices emanadas de la Resolución 2178/2014 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de 24 de septiembre de 2014. En orden a la financiación, el nuevo art. 576 CP reforma este delito, que no se limita al hecho básico de *recabar* fondos para financiar al terrorismo, sino que comprende una serie de conductas muy próximas al blanqueo de capitales,⁴⁴ imponiéndoles, eso sí, penas de mayor entidad, concretamente privativas de libertad de cinco a diez años e importantes multas.

El catálogo de conductas prohibidas en base al art. 576 CP es amplísimo, porque no se limita al hecho de recabar *bienes o valores de cualquier clase* para financiar al terrorismo, ni a otras conductas próximas al blanqueo de capitales (adquirir, poseer, utilizar,

⁴³ La reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, ha sido cuestionada por parte de la doctrina, que la ha considerado innecesaria, aunque se reconoce que ha clarificado la regulación diferenciada de los actos de financiación respecto a los de mera colaboración. Cfr. al respecto Navarro Cardoso, F. (2018 a: 5 y sig.). La LO 1/2019, de 20 de febrero, modificó de forma poco trascendente el art. 576 CP suprimiendo su número 5, referido a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se encontraba limitada a esta modalidad de financiación y se extendió a todos los delitos consagrados en el mismo capítulo a través del nuevo art. 580 bis CP.

⁴⁴ Cfr. Núñez Castaño, E. (2016:366).

⁴¹ Cfr. Calderón Cerezo, A. (2006:97).

⁴² Cfr. Fabián Caparrós, E. (1998:233).

convertir, o transmitir bienes), sino que se corona con la realización de *cualquier otra actividad*, que se materialice por *cualquier medio, directa o indirectamente*. Esta regulación es contraria al principio de taxatividad y, por lo tanto, merece una seria repro- bación dogmática y garantista, pues intenta abarcar conductas cuya punición es dudosa, como puede ser, por ejemplo, la *recolección indirecta* de fondos.⁴⁵ La única limitación apreciable es de naturaleza subjetiva, y se concreta en la intención de que los fondos se utilicen o se recaben a sabiendas de que serán utiliza- dos para cometer acciones terroristas. Constatada esta finalidad, el delito se habrá consumado, con indepen- dencia de que los fondos lleguen a disposición efectiva del terrorista o sean utilizados para ejecutar delitos concretos, supuestos en los que la pena se incrementa (art. 576.2 CP).

Tanto el blanqueo de capitales como la financiación del terrorismo se caracterizan por suponer auténticos procesos. Si el blanqueo se caracteriza por un proceso que exige una serie de pasos o etapas encaminados a legitimar fondos de origen ilícito, concretamente bienes que provienen de un delito (colocación, conver- sión, reinserción), el delito de financiación del terro- rismo supone otra sucesión de pasos que van desde la recaudación hasta el almacenamiento y su utilización con fines criminales.⁴⁶ La diferencia es que por regla general —salvo excepciones puntuales— los bienes van en sentido inverso: en el blanqueo desde el capital ilícito al legitimado, en la financiación del terrorismo desde el capital lícito al criminal.

Como se ha visto, el tipo subjetivo adquiere una importancia trascendental en todos los delitos de ter- rorismo, fundamentalmente a través de la exigencia de nuevos elementos intencionales añadidos al dolo. El delito de financiación del terrorismo se construye sobre la base de realizar operaciones económicas en principio lícitas, con bienes o recursos que normal- mente también son lícitos, pero con la intención de que se utilicen con finalidades terroristas. Todo esto parece reñido con la posibilidad de incorporar una modalidad culposa o imprudente. Sin embargo, nues- tro legislador ha establecido en el art. 576.4 CP:

El que estando específicamente sujeto por la ley a cola- borar con la autoridad en la prevención de las activida-

des de financiación del terrorismo dé lugar, por impru- dencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las con- ductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.

Advertimos que se trata de un delito especial que se construye como una ley penal en blanco, que remite a la normativa administrativa que la complementa, esencialmente a la Ley 10/2010, de 28 de abril. Op- ción político-criminalmente cuestionable, en tanto y en cuanto la imprudencia debía haberse mantenido en la esfera sancionadora administrativa sin superar la frontera que la conduce, a mi entender innecesaria- mente, hacia el derecho penal.

Quiero destacar, para finalizar, que sin duda esta- mos hablando de una *trilogía*: la defraudación tribu- taria, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son delitos sin duda próximos y emparen- tados.⁴⁷ Como destaca Sullivan, especialmente en las primeras etapas es casi imposible saber si una trans- ferencia de dinero ilegal se enmarca en el blanqueo de dinero, en la evasión fiscal o en la financiación del terrorismo.⁴⁸ Con matices y en esencia, el blanqueo mira al origen delictivo de los bienes (el pasado), el fraude fiscal se preocupa por el ejercicio tributario en marcha (el presente) y la financiación del terrorismo quiere evitar posibles atentados (el futuro). El princi- pal punto de contacto y de atención se localiza en el mundo bancario y financiero, un ámbito de negocios que a menudo carece de escrúpulos y que, sin ser ex- cluyente para la comisión de estos delitos, es el que más preocupa y exige rigurosa vigilancia.

4. Bibliografía

- ABEL SOUTO, M. (2002) *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compos- tela.
- ABEL SOUTO, M. (2016) *La expansión penal del blanqueo de dinero*. México.

⁴⁷ Advierte la proximidad del blanqueo de capitales con el con- trol y el ejercicio del poder tributario del Estado Muñoz Conde, F. (2009: 161 y sig.).

⁴⁸ Este autor, director de la Anti-Money Laundering (AML) Tra- ining Academy, destaca que los responsables de estos tres delitos utilizan métodos muy similares para mover dinero de forma sigilo- sa. Cfr. Sullivan, K. (2015:5).

⁴⁵ Cfr. Núñez Castaño, E. (2016:366).

⁴⁶ Cfr. Bustos Rubio, M. (2018:25).

El discurso terrorista y su financiación

- BAJO FERNÁNDEZ, M. (2009) “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en AAVV, *Política Criminal y blanqueo de capitales*. Madrid.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (2013) “Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal”, en AAVV, *LH Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BAYARRI GARCÍA, C. E. (2018) “Los nuevos delitos de terrorismo. Adoctrinamiento activo y pasivo vs. enaltecimiento y provocación a la comisión de delitos terroristas”, en AAVV *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (2018) “Reflexiones sobre el terrorismo: del terrorismo nacional al terrorismo global” en *Liber Amicorum a Juan Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- BUSTOS RUBIO, M. (2018) “¿Cómo se financian los grupos y organizaciones terroristas? Una visión político criminal” en AAVV, *Financiación del terrorismo* ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CALDERÓN CERESO, A. (2006) “Algunos aspectos críticos del blanqueo de bienes: legislación y jurisprudencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, “Las últimas reformas penales II”, Madrid.
- CAMPO MORENO, J.C. (2018) “El terrorismo global yihadista: ¿Límites a un derecho penal exagerado?”, en *Liber Amicorum a Juan Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2018) “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria”, en AAVV *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. (1998) *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C. (2018) “Instrumentos internacionales en la lucha contra la financiación del terrorismo”, en AAVV, *Financiación del terrorismo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARALDO CABANA, P. (2018) “De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo”, en *Liber Amicorum a Juan Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2020) “Unión Europea y represión penal del discurso terrorista. ¿Origen, excusa o posible referente restrictivo?” en AAVV *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2018) “Contraterrorismo” en *Liber Amicorum a Juan Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ VAZ, C. (2019) “Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano”, *Revista Penal México* 16/17.
- GONZÁLEZ VAZ, C. (2021) “El delito de autocalificación terrorista (art. 575.2 CP)”, JB Bosch ed, Barcelona.
- GÓRRIZ ROYO, ELENA (2020) “Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO 1/2019 de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-01.
- LAMARCA PÉREZ, C. (2017) “Delitos contra el orden público. Terrorismo” en AAVV *Delitos. La Parte Especial del Derecho Penal*, 2º ed., Dykinson, Madrid.
- LOPEZ BARRERO, E. (2019) “Lucha contra el blanqueo de capitales: perspectiva desde la normativa internacional”, en AAVV *El blanqueo de capitales y su relación con la cibercriminalidad* ed. Aranzadi, Navarra.
- MACÍAS CARO, V.M. (2015) “Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015”. *Revista Penal* 36.
- MACÍAS CARO, V.M. (2018) “Problemas concursales y de delimitación del delito de financiación del terrorismo” en AAVV, *Financiación del terrorismo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MERINO HERRERA, J. (2015) “Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo”. *Revista Penal* 36.
- MIRA BENAVENT, J. (2018) “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en AAVV *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- MUÑOZ CONDE, F. (2009) “Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales”, en AAVV, *Primer Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019) *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2018 a) “Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20-01.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2018 b) “El delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español”, en AAVV, *Financiación del terrorismo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- NIETO MARTIN, A. (2007) “¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?” *Revista Penal* 19.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2013) *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas* Tirant lo Blanch, Valencia.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2016) “Financiación del terrorismo”, *Revista Penal* 38.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2021): “Lineamientos de la regulación jurídico penal del terrorismo en tiempos convulsos: su aplicación a los delitos de terrorismo”, en AAVV, *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos. Homenaje a María Isabel Martínez González*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- NÚÑEZ PAZ, M.A. (2018) “Reflexiones actuales sobre la lucha contra el terrorismo” en *Liber Amicorum a Juan Terradillos Basoco*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PEREIRA MENAUT, A.C. (2019) “¿Puede la lucha contra el blanqueo de dinero producir nihilismo jurídico?”, en AAVV, *VIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ CEPEDA, A. (2017) *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- POMARES CINTAS, E. y GARCÍA RIVAS, N. (2021) “Delitos de terrorismo” en AAVV *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. VI. Delitos contra el orden público* ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2015) “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret*, 2015, nº 2.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2016) *Responsabilidad penal de autoridades, directores y asesores en empresas*. Ulpiano ed. Bolivia.
- SULLIVAN, K. (2015) *Anti-Money Laundering in a Nutshell*, New York.
- TERRA DE OLIVIERA, W. (2009) “El delito de blanqueo de capitales en tiempos de crisis”, en AAVV, *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico* (González Cussac dir.) ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- VARELA, L. (2018) “¿Expansión irrazonable del lavado de dinero? Una rápida consideración sobre la regulación mexicana desde la perspectiva europea” en *Revista Penal México*, nº 14/15.

¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio*

Alfonso Galán Muñoz

Profesor titular de Derecho Penal
(ORCID ID: 0000-0001-5625-6492)

RESUMEN: Este trabajo enfrenta los múltiples problemas que la aparentemente imparable y ciertamente cuestionable expansión y proliferación de los delitos del odio y de los del discurso del odio plantea a los sistemas penales de todo Estado democrático que no tienen un modelo de democracia militante, como es el caso de España. Se ofrece una propuesta de delimitación de ambos grupos de delitos que permitirá una aplicación restringida y cautelosa de los mismos, sin que ello conlleve que dejen de poder cumplir con las funciones protectoras de ciertos colectivos que justifican y dieron lugar a su aparición.

PALABRAS CLAVE: Delito de odio, delitos del discurso del odio, discriminación, violencia estructural, violencia cultural, violencia directa, libertad de expresión.

ABSTRACT: This paper faces the multiple problems that the apparently unstoppable and certainly questionable expansion and proliferation of hate crimes and hate speech crimes poses to the criminal systems of every democratic state that do not have a model of militant democracy, as is the case of Spain. A proposal is done to delimit both groups of crimes to allow a restricted and cautious application of them, without implying that they cease to be able to fulfill the protective functions of certain groups that justify and gave rise to their appearance.

KEYWORDS: Hate crimes, hate speech crimes, discrimination, structural violence, cultural violence, direct violence, freedom of speech.

SUMARIO: 1. Orígenes y expansión de los dos grupos de delitos contra el odio. 2. Problemas de la represión penal del odio. 3. La violencia como fenómeno social. 4. Los delitos de odio y su relación con la violencia estructural. 5. Los delitos del discurso del odio y su conexión con la violencia cultural. 6. Los delitos de odio y los del discurso del odio, unas figuras legítimas, pero a "utilizar" con cautela. 7. Bibliografía.

Rec: 10/05/2023 | Fav: 21/06/2023

* Trabajo resultado del proyecto "Análisis interdisciplinar de la represión penal del discurso terrorista" (AIRPENDIT), con referencia PGC2018-094602-B-100, financiado por Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación.

1. Orígenes y expansión de los dos grupos de delitos contra el odio

Si hay un concepto que esté cobrando bríos en el derecho penal de los últimos tiempos, es el del odio. Se afirma que para mantener el carácter tolerante de nuestras sociedades estas no pueden responder a las manifestaciones de odio de forma ingenua, sino que deben reprimir a aquellos que las apoyan y fomentan la intolerancia en la sociedad porque, de no hacerlo, dichos sujetos y sus ideas podrían terminar consiguiendo acabar con los tolerantes y, con ellos, también con la propia existencia de la tolerancia misma.¹ Se entiende, en consecuencia, que quienes respaldan y fomentan el odio y la intolerancia social ponen en peligro la democracia misma y, por ello, pueden ser legítimamente sancionados por las sociedades democráticas que pueden e incluso deben introducir en sus ordenamiento un número cada vez mayor de “delitos de odio” para hacerlo.

Esta tipificación de delitos surgió en Estados Unidos en los años 60 como consecuencia de la aparición de los movimientos sociales que luchaban por conseguir la igualdad de derechos civiles y acabar con la discriminación racial existente en aquel país.² Las estrategias adoptadas en el ámbito penal para alcanzar dicho objetivo fueron tanto la de castigar mediante sanción penal la realización de determinadas actuaciones discriminatorias hasta aquel momento no penalmente perseguidas como, sobre todo, la de incrementar las penas aplicables a determinadas conductas ya tipificadas (homicidios, lesiones, etc.) cuando su realización fuese considerada como una manifestación de odio discriminatorio.³

Ahora bien, si el “odio” era lo que hacía que determinadas conductas se convirtiesen en más graves

que sus equivalentes no realizadas con él, parecía casi inevitable que el carácter netamente preventivo que ha tomado el derecho penal en los últimos tiempos terminase llevando a dicha rama del ordenamiento jurídico a tratar de evitar la comisión de tan graves delitos, sancionando aquello que constituía la semilla de su aparición: la difusión y generalización de aquellas ideas que favorecen y apoyan el odio. Nacieron así los delitos tendentes a sancionar los denominados “discursos del odio”.⁴

El origen de esta clase de delitos no es, sin embargo, norteamericano. Se encuentra enraizado en una de las fases más oscuras de la reciente historia europea. En concreto, en la que desembocó en el holocausto judío producido durante la segunda guerra mundial.⁵ Fue sin duda dicho acontecimiento histórico, derivado del auge y la subida al poder del autoritarismo nazi en Alemania mediante cauces supuestamente democráticos, el que llevó a que, tras la caída de dicho régimen totalitario, la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo, optase por prohibir las asociaciones dirigidas contra el orden constitucional (en su artículo 9) o por limitar determinados derechos fundamentales entre los que estaba el de la libertad de expresión (artículo 18), con el objetivo de evitar que se pudiese abusar de ellos para combatir e incluso terminar con el régimen de libertad y democracia que dicha ley fundamental pretendía instaurar y garantizar.⁶

Así, se recogían de forma expresa en el ordenamiento alemán aquellas tendencias que defendían que los regímenes democráticos no toleraran los discursos intolerantes por el riesgo que su proliferación generaría para el mantenimiento de su propia existencia,

¹ POPPER, K. *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006 p. 585.

² Así lo ponen de manifiesto, entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del art. 510 del Código penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 76, o CANCIO MELIÁ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. quienes incluso ubican expresamente en la aprobación de la Ley Federal 18 U.S. 245 de 1969, el hito legislativo que dio origen a la introducción de los delitos de odio en el ordenamiento norteamericano al venir a castigar como delito el impedir a una persona actividades tales como la de acceder a los transportes públicos debido a su raza, color religión u origen nacional, *Discurso del odio y/o discurso terrorista. Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*. Ed. Aranzadi, 2019, pp. 54 y 62.

³ CANCIO MELIÁ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. p. 62.

⁴ ¿ Interesante es la distinción que efectúan CANCIO MELIÁ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. entre aquellas conductas propias del denominado discurso del odio que alcanzarían la consideración de delitos (los *hate speech crimes*) y aquellas otras que pese a ser manifestaciones de dicho discurso no alcanzarían tal consideración, lo que denomina como “incidente de odio”, concepto este en el que se engloban todas aquellas actuaciones de *illegal hate speech* que no llega a ser jurídico-penalmente relevante. Op. cit. ant. pp. 91 y ss.

⁵ ALCACER GUIRAO, R. “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97 (2013), p. 312, *idem* “Víctimas y disidentes. El ‘discurso del odio’ en EE.UU. y Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103 (2015) p. 71 o ESQUIVEL ALONSO, Y. “El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 35, 2016, p. 32.

⁶ ALCACER GUIRAO, R. “Víctimas y disidentes...” cit. ant. p. 48.

dando lugar al nacimiento de lo que se ha conocido como “democracias militantes” o “intolerantes”. Estos, de democracias que privan de determinados derechos a sus ciudadanos cuando estos intentan abusar de ellos para negar los de los demás y tratar, así, de acabar con la tolerancia y con la democracia misma.⁷ Esta peculiar situación fue la que dio lugar a que algunos países europeos creasen controvertidas figuras que, entre otras cosas, castigaban penalmente el mero hecho de poner en cuestión o negar la producción del holocausto judío durante la segunda guerra mundial (negacionismo) o el de simplemente enaltecer o justificar los regímenes totalitarios que precedieron a las democracias militantes, promoviendo su restauración.

Ahora bien, frente a lo que se pudiese pensar, los delitos del discurso del odio no solo han aparecido en países definidos como democracias militantes o intolerantes. También lo han hecho en otros países, como el nuestro, y ello, pese a la reiterada posición sostenida por nuestro Tribunal Constitucional, que no se cansa de recordar que nuestra carta magna no establece una democracia militante, como la alemana, sino una que tolera y permite los discursos molestos, degradables o execrables, incluso aunque estos sean intolerantes y tiendan a acabar con la propia constitución democrática y sus valores.⁸

Pese a lo loable de sus orígenes y lo aparentemente imparale que resulta la expansión de esta clase de figuras, lo cierto y verdad es que tanto los delitos de odio como los del discurso del odio plantean múltiples problemas. Veámoslos, aunque sea brevemente.

2. Problemas de la represión penal del odio

Una de las críticas más frecuentemente realizadas a los delitos del odio y de sus discursos es aquella que señala que dichas figuras vuelven a reintroducir en nuestro ordenamiento el viejo y denostado derecho penal de autor, sobre todo si castigan a sus responsables o, por lo menos, incrementan la pena que se les aplicará, no por las conductas que efectúan, sino por haberlas realizado estando motivados por determina-

das ideas o tendencias internas discriminatorias, algo que resultaría difícil de compatibilizar con las exigencias propias de un derecho penal verdaderamente democrático, que, por serlo, solo podrá perseguir y sancionar hechos y no pensamientos o ideologías.⁹

Frente a esta crítica, se alzaron rápidamente las voces de aquellos que señalaron que, en realidad, tanto los delitos de odio como los de su discurso no sancionan a sus autores por su simple tendencia interna discriminadora o sus pensamientos en tal sentido. Lo hacen, en su opinión, “por actos del mundo exterior que menoscaban derechos fundamentales del individuo”, ya que, incluso cuando sancionan el simple acto de incitar al odio, como, por ejemplo, hace el art. 510 del Código Penal español, no penan al que comete dichos actos porque sus manifestaciones representen una ideología reprochable, sino porque suponen “fomentar en terceros algunas actitudes internas de discriminación, odio o violencias hacia las minorías a las que se refiere el precepto” que “ponen en peligro la dignidad, libertad o seguridad de un colectivo...”, independientemente de si posteriormente provocan o no delitos de discriminación, violencia o de odio.¹⁰

Bien es cierto, como afirman quienes así se manifiestan, que los que cometen un delito de odio o de su discurso son castigados, incluso en este último caso, por hechos o expresiones externalizadas y no por sus ideas internas, algo, por otra parte, difícil de hacer, ya que difícilmente podremos saber que las tienen a no ser que las manifiesten y externalicen de alguna manera. Sin embargo y por otra parte, también lo es que cuando se trata de fundamentar la pena que se podría llegar a aplicar a quienes difunden tales discursos en el mero peligro de que sus manifestaciones podrían dar lugar a que sus ideas calasen en terceros, tal y como mantienen estos autores, lo único que se hace es trasladar de lugar el problema relativo al cuestionable fundamento último de tal castigo, ya que, al sustentarlo no en las ideas de sus emisores, pero sí en la posible aparición de las mismas en terceros, lo que lo que en realidad se estará haciendo es cambiar al viejo y conocido Satanás del represivo derecho penal de autor, que castiga por ideas existentes, por el nuevo y

⁷ FOX, G./ NOLTE, G. “Intolerant Democracies”, *Harvard International Law Journal*, V. 36 n. 1 (1995), p. 9 y ss, en <https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/210/> (últ. vis. 12-10-2020); ALCACER GUIRAO, R. “Víctimas y disidentes...” cit. ant. p. 48.

⁸ ALCACER GUIRAO, R. “Opiniones constitucionales”, *Indret* 1/2018, p. 12, en <https://indret.com> (últ. vis. 10-2-2019).

⁹ LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *epc*, n° 19, 1996, pp. 277 y ss.

¹⁰ GÓMEZ MARTÍN, V. “Incitación al odio y Género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en *recpc*, 18-20 (2016) pp. 10 y 11, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 12-3-2019).

El discurso terrorista y su financiación

más moderno Belcebú del derecho penal preventivo de autor, que lo hará por las que podrían aparecer en el futuro.

No puede sorprender entonces que, pese a que algunos autores continúen defendiendo la legitimidad y viabilidad de configurar los injustos propios de los delitos de odio atendiendo a que estos se hubiese realizado por motivos discriminatorios hacia la víctima (*hostility model*), otros se hayan decantado por tratar objetivizar el fundamento de la mayor gravedad de estos delitos, entendiendo que castigarían ataques que se ejecutasen sobre una víctima que tuviese determinadas características que la convertirían en integrante de un grupo que debía ser especialmente protegido por estar discriminado (*discriminatory selection model*),¹¹ algo que, por otra parte, también permitiría dotar de un fundamento común tanto al mayor castigo previsto para los delitos de odio, como al adelanto de la intervención penal que caracteriza los del discurso del odio.

Así, mientras los delitos de odio sancionarían actuaciones que atentarian o lesionarían la igualdad de determinadas minorías,¹² los del discurso del odio lo harían con manifestaciones o comunicaciones que contribuirían a crear un clima de hostilidad que pondría en peligro precisamente a los integrantes de dichos colectivos minoritarios, bien porque su aparición pudiese dar lugar a ataques delictivos contra los mismos, bien porque podrá generar, cuanto menos, actuaciones o actitudes discriminatorias contra ellos, aunque estas no llegasen a ser delictivas.¹³

Las ventajas de esta propuesta son obvias. Además de dotar de un referente material reconocible, seguro y común a los injustos de estos delitos, lo hará respondiendo a su origen histórico, del que ya tuvimos ocasión de hablar, y a lo que han venido estableciendo algunas de las resoluciones jurisprudenciales referidas a los delitos del discurso del odio, como veremos posteriormente.

¹¹ Sobre estos modelos véase, por ejemplo, FUENTES OSORIO, J. L. “El odio como delito”, en *recpc* 19.27 (2017) p. 6, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 10-2-2020), CANCIO MELIÁ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. pp. 61 y ss.

¹² LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal frente a la xenofobia*, Ed. UPV, 1999, p. 219, LAURENZO COPELLO, P. Op. cit. ant. p. 250 y ss o GÓMEZ MARTÍN, V. Op. cit. ant. p. 12.

¹³ Véase en tal sentido, LAURENZO COPELLO, P. Op. cit. ant. pp. 253 y ss y lo mantenido por la *sts* 259/2011, de 12 de abril, en la que se señala que basta con que la provocación tenga por objeto la posible realización de hechos antijurídicos, no teniendo porque ser necesariamente penales.

Sin embargo, tampoco esta propuesta está exenta de problemas. El primero y más obvio se deriva del hecho indudable de que la situación de discriminación sufrida por el grupo al que pertenezca la víctima del delito de odio cometido (p. ej. unas lesiones racistas), que incrementará la pena de quien lo realice, no habría sido generada por la conducta de aquel que lo ejecutó,¹⁴ ni parece que la mera emisión de un mensaje de odio pueda llegar a crear el clima social de hostilidad hacia el colectivo que supuestamente justificaría el castigo anticipado de dicha actuación.¹⁵

En realidad, tanto lo uno (la discriminación) como lo otro (el clima hostil) solo se generarán o habrán generado por actuaciones cometidas previa o simultáneamente por terceros, de forma completamente ajena a los autores de los referidos delitos, siendo la sucesiva acumulación de dichas actuaciones ajenas la que podría dar lugar o habría dado ya lugar a la aparición de alguna de tales situaciones. Así, responsabilizar y castigar al autor del delito en cuestión sobre la base de cualquiera de ellas, contrariaría las exigencias básicas derivadas tanto del principio de lesividad, como del de culpabilidad y de personalidad de las penas, ya que vendría a fundamentar tanto la parte del injusto del delito de odio que lo convierte en tal (la referida a la situación de discriminación) como el peligro que dotará de contenido material de antijuridicidad al del discurso del odio (la aparición del clima peligroso), en actuaciones que puede que ni siquiera se hubiesen producido, que a lo mejor nunca se llegarían a dar o que, de haberlo hecho, no serían producto de forma exclusiva de las conductas realizadas por dicho sujeto sino de las de terceros. Esto es en actuaciones ajenas.

Precisamente por ello y teniendo en cuenta la escasa lesividad que realmente presentan las comentadas conductas individuales con respecto a aquel

¹⁴ Así lo indica, por ejemplo, ALCACER GUIRAO, R. quien, acertadamente señala que incluso las incitaciones a la discriminación de grupos marginados parten de la existencia de una realidad que ya existe previamente en la sociedad, de un status quo previo. En “Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal”, en *recpc* 18-11 (2016), p. 52, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 10-3-2020).

¹⁵ En este sentido, señala ALASTUEY DOBÓN, C. que el hecho de que la conducta comunicativa individual que castigan estos delitos no puede llegar a producir por sí misma dichos climas, a no ser que el contexto social sea propicio, con lo que no resultan idóneas para hacerlo, es lo que ha llevado al legislador, tras la reforma realizada en 2015, a castigar la mera promoción o favorecimiento del clima, en “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015”, en *recpc* 18-14 (2016), pp. 17 y 18, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 12-3-2020).

valor cuya afectación supuestamente dota de contenido común a sus injustos (la no discriminación de determinados colectivos), no debe sorprender que mayoritariamente se considere que su ejecución solo representa una puesta en peligro abstracto de tal valor.¹⁶ Una puesta en peligro cuya existencia, además y por lo que se refiere a los delitos del discurso del odio, incluso se propone, como advierte FUENTES OSORIO, que pueda apreciarse partiendo de una doble presunción. Por un lado, de la que se dará al considerar existente dicho peligro desde el mismo momento en que la actividad realizada favorezca la aparición de un simple clima hostil contra el colectivo que no se tiene que demostrar que realmente se haya llegado a producir y que, además, se sabe que la conducta realizada no puede generar. Por otro, de la que determinará que se califique tal clima automáticamente de predelictivo o criminógeno, esto es, generador o fomentador de delitos, sin tener que acreditar dicho hecho ni tener siquiera que ponerlo en relación con la posible realización futura de delito concreto alguno.¹⁷

A este problema se añade otro no de menor calado. Al no requerir la posible sanción penal de las conductas consideradas como manifestaciones penalmente relevantes del denominado discurso del odio que su ejecución haya necesariamente de ser idónea para generar delitos concretos y se conecte su delimitación tan solo con la mera posible aparición de un simple clima hostil para aquellos sujetos contra los que va dirigido, se trasforma a dichas figuras en unos instrumentos preventivos y sancionadores de una enorme amplitud. Tan amplios que, de hecho, podrán ser utilizados para prevenir y castigar las meras incitaciones o favorecimientos ideológicos —incluso indirectos o no expresos— a realizar cualquier delito o comportamiento discriminatorio, en general, contra los colectivos protegidos y no necesariamente hacia alguno concreto, determinado o por lo menos determinable. Esto desdibujará hasta tal punto los referentes delimitadores del peligro propio de estas figuras que permitirá que se puedan tratar de utilizar para prohibir y castigar discursos y manifestaciones tal vez políticamente incorrectos, molestos o de mal gusto, pero que en modo alguno resultan realmente lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos de los individuos, lo que

pondrá la existencia de estas figuras en clara tensión con el debido respeto y la salvaguarda que un verdadero Estado democrático tolerante, como el nuestro, ha de otorgar a los derechos de libertad ideológica, religiosa y de expresión de quienes emiten tal clase de expresiones.

Resulta evidente entonces que la creación de los delitos del discurso del odio plantea serias dudas de constitucionalidad y entra en conflicto con los referidos derechos fundamentales garantizados en las constituciones de todos los países democráticos y en muchos de los convenios internacionales de derechos humanos. Especialmente, con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Una tensión que, de hecho, ha dado lugar a la aparición de posicionamientos claramente contrapuestos respecto a dicha clase de figuras delictivas.

Por una parte, estaría el posicionamiento norteamericano que se decantó por entender que las que denomina como *fighting words* solo podían ser prohibidas y perseguidas cuando den lugar a un peligro claro e inminente de ataque a los intereses de aquellos a los que se pretende proteger. Mientras que, por otra y en clara contraposición con lo anterior, estaría el modelo mayoritariamente seguido en el continente europeo; un modelo amparado por la jurisprudencia mantenida por el TEDH en esta materia,¹⁸ que, si bien de forma ciertamente errática, optó generalmente por otorgar un margen mucho más amplio a la posible creación legítima de esta clase de delitos, bien sea por entender, como hizo en algunas ocasiones que los discursos a los que se aplican no estarían realmente protegidos por el derecho a la libertad de expresión por representar un abuso de dicho derecho fundamental (art. 17 del CEDH), bien por haber considerado, como tal

¹⁶ De otra opinión, GÓMEZ MARTÍN, V. que lo considera de lesión para dichos valores. Op. cit. ant. p. 12.

¹⁷ FUENTES OSORIO, J. L. Op. cit. ant. p. 12.

¹⁸ A este respecto, señala GÖRAN ROLLNERT, G. que resulta incoherente que el referido tribunal excluya en alguna de sus sentencias a discursos, como el negacionista, del ámbito de protección de la libertad de expresión en alguna de sus resoluciones, aplicando el art. 17 del convenio, y, sin embargo, considere en otras que la, apología del terrorismo como un discurso que solo se puede limitar cumpliendo las exigencias establecidas en el art. 10.2 del convenio. Esto es, superando un test de proporcionalidad. En “El discurso del odio y sus límites de libertad de expresión: de la “zona intermedia” a los estándares internacionales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 269. De contradictoria califica también la jurisprudencia del TEDH en materia de negacionismo TERUEL LOZANO, G. M. en “La Libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sobras sin luces en la reforma del Código Penal”, en *Indret 4/2015*, en <https://indret.com> (últ. vis. 10-6-2020), p. 11.

El discurso terrorista y su financiación

corte también manifestó en alguna resolución, que la prohibición y el posible castigo de tales discursos representará una limitación del derecho a la libertad de expresión que, en principio, sí que asistiría a los sujetos que los difundiesen, pero que resultará, sin embargo, legítimamente restringida en la medida en que se haga para poder salvaguardar de forma proporcionada otros legítimos intereses con los que tales manifestaciones entrasen en conflicto (art. 10. 2 CEDH).¹⁹

La facilidad con la que esta corte internacional ha admitido la compatibilidad del castigo penal del discurso del odio con el debido respeto a la libertad de expresión han tenido sin duda mucho que ver en el hecho de que cada vez sean más los delitos de opinión que bien nuestro legislador, bien nuestros propios tribunales, han tratado de incardinar en dicha categoría de figuras.

Ahora bien, existen otros factores determinantes de la imparable expansión del número de delitos incluidos entre los del discurso del odio. Entre ellos, uno que ha desempeñado un papel fundamental en nuestro concreto ordenamiento es el que nos viene dado por la concreta configuración que nuestro Código Penal ha otorgado a los delitos catalogados como de odio propiamente dichos; delitos con los que, como vimos, los defensores de la propuesta ahora comentada también conectan directamente a los manifestaciones del discurso del odio penalmente prohibidas.

Nuestro legislador ha delimitado los delitos de odio implantando, primordialmente, un modelo de “hostilidad”.²⁰ Esto es, un modelo que delimita los delitos de odio atendiendo a la motivación con la que se efectúan. Pero, además, lo ha hecho delimitando tales motivaciones, como sucede, por ejemplo, con el art. 22.4 CP, aludiendo a las:

... racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Con ello, no solo se configuran estas figuras atendiendo a un aspecto puramente motivacional o interno de su autor. Además, se opta por otorgar, con carácter general, dicha calificación a los ataques que se efectúan a los integrantes de grupos delimitados por sus “estatus” (su raza, sexo, etnia, género, etc.) y no por su pertenencia a una de las “clases” que conforman dichos estatus (hombres o mujeres, hetero- u homosexuales, gitanos o payos, etc.). Esto lleva a que los comentados delitos protejan a todos los colectivos incardinables en alguno de los concretos estatus de los que dichas figuras hablan, independientemente de si el mismo pertenecía o no a una clase que estuviese siendo objeto de discriminación; decisión legislativa que, en primer lugar, se contrapone con lo que deberían hacer las figuras delictivas propias de un verdadero modelo de selección discriminatoria²¹ y obviamente aleja a los delitos de odio españoles de su concepción originaria, protectora de minorías desvalidas, para convertirlos en figuras que protegen la igualdad de todos. Pero, además, también abre las puertas a que el legislador pueda extender el ámbito de aplicación de las estructuras propias de los delitos de odio a la protección de prácticamente cualquier colectivo o grupo de personas, diferenciada o diferenciable, que considere que debe merecer su especial y cualificada tutela (los conocidos como “grupo diana”).²² Desde los grupos mayoritarios en modo alguno discriminados (blancos, españoles, heterosexuales, católicos, etc.) hasta incluso los que ostentan una posición predominante con respecto al resto de los que conforman la sociedad (p. ej. los que apoyen al partido dominante o los miembros de la familia real).

No puede sorprender entonces que existan voces en nuestra doctrina que abogan no solo por extender el ámbito de tutela de estas figuras a otras posibles motivaciones discriminatorias (p. ej. como la aporofobia, la gerontofobia, etc.) que se consideran como equiparables o incluso como más graves que las actualmente contempladas por estar referidas a colectivos desfavorecidos, sino por hacerlo, atendiendo a lo establecido por alguna normativa internacional, a

¹⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant. p. 54 y ss. Sobre los orígenes históricos, políticos y filosóficos de esta clara diferencia, véase, por todos, lo comentado por ALCACER GUIRAO, R. “Víctimas y disidentes...” cit. ant. p. 50 y ss.

²⁰ De otra opinión, CANCIO MELIÁ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. en Op. ant. cit. p. 69.

²¹ Sobre el origen y delimitación de los conceptos de *status* y de *class*, véase CANCIO MELIÁ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. p. 63 y ss.

²² LANDA GOROSTIZA, J. M. señala en tal sentido que los grupos diana protegidos no son necesariamente ya minorías, ni vulnerables, sino simplemente “grupos diana protegidos”, en *Los delitos de odio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 138.

cualquier ataque delictivo efectuado contra cualquier sujeto en razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.²³ Pero tampoco puede hacerlo de forma que la enorme amplitud protectora otorgada a los delitos de odio haya abierto a su vez las puertas a que los delitos de discurso del odio — esto es, los creados supuestamente para adelantar la protección de los mismos colectivos protegidos por los primeros— pueda hacer lo propio y extender su ámbito de protección a toda clase de grupos sociales, discriminados o no.

Se comprende así por qué esta última clase de delitos se ha utilizado en nuestra jurisprudencia, en tiempos recientes, para justificar, por ejemplo, la legitimidad de la persecución penal de manifestaciones o expresiones realizadas contra la religión dominante (la católica), dando lugar al enjuiciamiento e incluso a la condena por delitos contra los sentimientos religiosos de la quema de figura de cristo (caso Javier Krahe) o de procesiones de representaciones de los genitales femeninos en el lugar que tradicionalmente ocupan la figura católica de la virgen (el conocido como caso de la “procesión del coño insumiso”).²⁴ También que se emplease para justificar y considerar acorde a nuestra carta magna la condena de algunos sujetos por delito de injurias a la corona por la mera quema de retratos del monarca (caso Stern Taulats y Rura Capella), por criticar de forma ciertamente gruesa la actividad del monarca (caso Otegui)²⁵ o que se usase para condenar por delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas (otro de los nuevos “grupos diana” a proteger) a simples raperos, twitteros y ti-

tiriteros por difundir bromas, de mejor o peor gusto, pero bromas, sobre la muerte o el secuestro de alguna de las más conocidas víctimas de las afortunadamente desaparecidas organizaciones terroristas ETA o GRAPO (p. ej. caso Strawberry o Casandra Vera).

Esta aparentemente imparable expansión de supuestos delitos de discursos de odio se entiende si se parte de la confluencia de una configuración de estas figuras que permite extender su campo de protección a cualquier discurso genérico y abstractamente peligroso para un colectivo o individuo no necesariamente discriminados y de una jurisprudencia que parece dar “patente de corso” a la constitucionalidad de cualquier figura delictiva que se diga que responde a dicha naturaleza.

Siendo así, resultaba también hasta cierto punto previsible que nuestro legislador haya vuelto a retomar la vieja idea de algunos de los actuales integrantes del gobierno y de los partidos que lo apoyan de convertir en delito la mera apología o el enaltecimiento del franquismo y de otros regímenes totalitarios, tratando de legitimar la existencia de dicha nueva y controvertida figura considerándola (como no) como un ejemplo más de las que perseguirían discursos del odio, al entender que vendría a sancionar la difusión de mensajes que se consideran peligrosos para quienes integran la mayoría social, por atacar los valores de tolerancia que deben primar en el sistema democrático en que dichos sujetos desarrollan a día de hoy sus vidas.²⁶

¿Hay alguna forma de cuanto menos frenar y de introducir algo de lógica en este aparentemente imparable proceso expansivo de los delitos de odio y de sus discursos, dando al mismo tiempo respuesta a todos los problemas que tales figuras supuestamente tratan de resolver y de los que plantean al derecho penal?

Para responder a esta pregunta, creemos que puede ser interesante acudir a los estudios sociológicos que han analizado la violencia como fenómeno social y no solo individual. Especialmente a los realizados por GALTUNG.

²³ En este sentido se manifiesta, por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant. p. 86.

²⁴ En realidad y para ser exactos, la procesión se llamaba “Procesión de la anarcocofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos socio-laborales” y dio lugar, en Sevilla, a la ST absolutoria de 9 de octubre de 2019 del Juzgado de lo Penal número 10 de Sevilla, mientras que su procesión en Málaga generó la ST condenatoria de 10 de noviembre de 2020, del Juzgado de lo Penal nº 10 de dicha ciudad, por delito de atentando contra los sentimientos religiosos, aunque bien es cierto que tampoco esta última apreció de odio del art. 510 CP. Sobre este y otros casos relacionados con el ataque a los sentimientos religiosos y su problemática, véase, ALCACER GUIRAO, R. “Símbolos y ofensas. Crítica a la protección de los sentimientos religiosos”, *recpc* 21-15 (2019), pp. 2 y ss, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 10-3-2020).

²⁵ Sobre esta sentencia, véase lo comentado por SOTO GARCÍA, M. “TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón C. España, 2034/07 -«Artículo 10 del CEDH libertad de expresión – límites - delito de Injurias contra el jefe del estado - Exhortación a la violencia y discurso de odio»”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 42, 2012, p. 575 y ss.

²⁶ Sobre esta propuesta y sus orígenes, véase, DE VICENTE MARTÍNEZ, V. Op. cit. ant. p. 115 o LEÓN ALAPONT, J. en la “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, en *Diario La Ley*, nº 9572, 2020, en <https://diariolaley.laleynext.es> (últ. vis. 10-3-2020), entre otros.

3. La violencia como fenómeno social

El punto de partida de GALTUNG es que la violencia consiste en la privación de los derechos y necesidades básicas del individuo. En concreto, la violencia priva a la persona de lo que necesita para su supervivencia, para su bienestar, para mantener su identidad o para gozar de libertad. Le priva completamente o por lo menos disminuye el nivel aceptable de satisfacción de tales necesidades.

Ahora bien, cuando hablamos de violencia, generalmente, tan solo nos referimos a la que podríamos denominar violencia directa. La que se ejerce por individuos concretos mediante conductas específicas dirigidas contra otros. Es esta una violencia visible y que siempre ha ocupado al derecho que ha tratado de acabar con ella castigando sus manifestaciones, incluso penalmente, cuando su realización se materializa, por ejemplo, en una muerte (privación de la necesidad de supervivencia), lesiones (privación del bienestar), la desocialización de un sujeto (necesidades identitarias) o la detención o represión de otro (privación de la necesidad de libertad).²⁷

Sin embargo, la violencia directa, a juicio de GALTUNG, solo sería la punta del iceberg de la violencia como fenómeno social.

La violencia, como fenómeno social lesivo de las necesidades de los individuos, es un fenómeno complejo y también puede ser resultado, por ejemplo, de procesos de estratificación social. En concreto, de un conflicto entre dos o más grupos sociales que se resuelve sistemáticamente a favor de uno de ellos y en perjuicio del otro u otros. Son conflictos que se solventan mediante una diferente distribución de los medios y de las posibilidades de satisfacción de necesidades básicas de los que se dispone, provocando, de esta forma, una situación de explotación de una parte de la sociedad por otra.

Así sucede, por ejemplo, con el establecimiento y mantenimiento de determinadas estructuras sociales, en un país o en un territorio, que impiden o hacen mucho más difícil el acceso y la posibilidad de uso de determinados recursos (trabajos, carreras profesionales ascendentes, cargos de responsabilidad) a los integrantes de determinados colectivos sociales (pobres,

mujeres, personas de raza negra, extranjeros, etc.) en favor de otros (ricos, hombres, personas de raza blanca, nacionales, etc.). Esto determinará que quienes pertenezcan a los grupos dominantes tengan evidentes ventajas a la hora de satisfacer sus necesidades con respecto a quienes estén en los dominados, por más que ello no sea resultado del ejercicio de la violencia directa ni necesariamente de mecanismos legales directamente discriminatorios, sino que se ocasione por vías o instituciones sociales mucho más sutiles y tan dispares como la diferente posibilidad del acceso a una buena educación, la articulación y el funcionamiento de las unidades domésticas o incluso la de la familia como institución,²⁸ algo que, además, suele llevar a que no se considere que la generación de dichos resultados sea una manifestación y un efecto de una forma de violencia, sino tan solo el desgraciado producto de la, a juicio de GALTUNG, eufemísticamente llamada “injusticia social” reinante.²⁹

Por otro lado y según GALTUNG, junto a esta violencia, menos conocida y visible que la directa, existe otra. La que él denomina como violencia cultural. Esta forma de violencia conforme al entendimiento del referido autor alude:

... a aquellos aspectos de la cultura, la esfera simbólica de nuestra existencia -materializado en la religión y la ideología, en el lenguaje y el arte, en la ciencia empírica y la ciencia formal (la lógica, las matemáticas) - que puede ser utilizada para justificar o legitimar la violencia directa o la violencia estructural.³⁰

²⁸ DE LA PARRA, D./TORTOSA, J. M. En “Violencia estructural: una ilustración del concepto”, en *Documentación Social* 131 (2003), p. 65.

²⁹ GALTUNG, J. Op. cit. ant. p. 153. DE LA PARRA, D./TORTOSA, J. M., por su parte, consideran adecuado hablar de violencia estructural, como hace Galtung, y no simplemente de mera injusticia social o desigualdad, entre otras razones porque el fenómeno social analizado no se explica tan solo por razones económicas, sino que tiene muchos factores políticos implicados que hacen más adecuado utilizar el concepto de violencia para poner de manifiesto que estamos analizando un fenómeno muy unido al ejercicio del poder, mientras que, por otra parte, al calificar la privación de necesidades básicas de los individuos de “violencia” se priva de la posibilidad de buscar elementos de legitimación de dicho resultado, como son aquellas que defienden que la desigualdad generada fomenta la eficiencia del funcionamiento del sistema social o motivan a los sujetos a incentivarlas a superar la situación adversa desde la que parten. En Op. cit. ant. pp. 61 y ss.

³⁰ GALTUNG, J. Op. cit. ant. p. 149.

²⁷ GALTUNG, J. “La violencia: cultural, estructural y directa” Cuadernos de estrategia, ISSN 1697-6924, N°. 183, 2016, pp. 150 y ss.

Es una violencia menos visible que la directa, pero que contribuye a que esta última y/o la violencia estructural pueda aparecer o mantenerse al hacer que cualquiera de ellas se perciba “... como cargadas de razón –o al menos, que se sienta que no están equivocadas–”, dado que permite que se pueda “cambiar el utilitarismo moral, pasando del incorrecto al correcto o al aceptable; un ejemplo podría ser asesinato por la patria, correcto; y en beneficio propio, incorrecto”.³¹

Queda así conformado lo que GALTUNG denomina como el “triángulo vicioso de la violencia”.



Este triángulo se configura por tres vértices referidos respectivamente a las violencias directa, estructural y cultural y permite ver el flujo y las interacciones que existen entre las tres clases de violencia.

A pesar de lo que en un primer momento se pudiese pensar, la cadena causal propia de la violencia, a juicio de GALTUNG, no siempre sigue la secuencia dada por la sucesión violencia cultural-estructural-directa. La violencia, de hecho, puede iniciarse en cualquiera de los vértices y dar lugar a la directa aparición de cualquier otra u otras de sus manifestaciones. Así, por ejemplo, la esclavitud en Estados Unidos comenzó con la violencia directa de la detención de millones de africanos y su traslado forzado a aquel país. Después, tras la abolición, se transformó en una violencia estructural (en una discriminación indirecta) que todavía se puede apreciar, aunque sea de forma indirecta. Mientras que, por otra parte, ambas formas de violencia se vieron respaldadas, durante todo ese tiempo, por una violencia cultural, que aún persiste, en forma de prejuicios, y que trata de legitimar y justificar a las otras dos, por ejemplo, desacreditando y

humillando a las personas de raza negra (los descendientes de los antiguos esclavos), algo que, incluso al día de hoy, sirve de soporte cultural y justificación para su injusto tratamiento social (forma de violencia estructural) o incluso para que algunos ejerzan violencia directa contra ellos.

Es precisamente por ello que GALTUNG consideró que la figura del triángulo resulta más adecuada para representar el ciclo vicioso de la violencia que una representación por simples sustratos, dado que dicha forma geométrica permite ver cómo todas sus clases pueden relacionarse e interactuar entre sí, pudiendo originarse la violencia contra sujetos o colectivos en cualquiera de sus vértices y funcionar cualquiera de las formas de violencia como origen y sustento de las otras en todas las direcciones del triángulo.³²

La propuesta de GALTUNG resulta interesante en el caso que nos ocupa por varios motivos.

El primero, porque analiza el fenómeno de la violencia como un fenómeno colectivo o social y no meramente individual, lo que resulta especialmente interesante a la hora de analizar delitos, como los de odio o los de su discurso, con los que, en un principio, parecía que el derecho penal trataba de responder a fenómenos sociales lesivos y de marcado carácter colectivo, como la discriminación o la trasmisión de ideas discriminatorias; fenómenos que, de hecho y como veremos, pueden ponerse perfectamente en relación con los conceptos de violencia estructural y cultural de los que habla dicho sociólogo.

Pero, además y por otra parte, también resulta interesante porque sirve para explicar de forma clara cómo las diferentes formas colectivas de violencia (las estructurales y las culturales) pueden interactuar y retroalimentarse con las individuales (las directas), algo que, como también tendremos ocasión de comprobar, resulta de sumo interés para concretar cuáles de dichas interacciones puede sancionar el derecho penal sin sacrificar por el camino aquellos límites y garantías que lo convierten en un derecho penal garantista y realmente democrático.

4. Los delitos de odio y su relación con la violencia estructural

Como vimos al comienzo de este trabajo, tanto los delitos de odio, como los relativos a su discurso plan-

³¹ GALTUNG, J. Op. cit. ant. p. 150.

³² GALTUNG, J. Op. cit. ant. p. 156.

El discurso terrorista y su financiación

tean muchos problemas al derecho penal, tanto de legitimación como de delimitación y aplicación.

Así, por ejemplo, si partimos, como hace el ordenamiento español vigente, de que los delitos de odio incrementan la pena de sus autores atendiendo a la motivación con la que los llevaron a cabo, parece realmente difícil que podamos eludir la crítica que realizaban aquellos que consideraban que de dicha forma se reintroduciría en nuestro ordenamiento una nueva manifestación del denostado derecho penal de autor que castigaba al sujeto por sus ideas o motivaciones y no por lo que realmente había hecho. ¿Cómo, si no, se explicaría, por ejemplo, que el ya citado art. 22. 4º CP pueda incrementar la pena a aquel sujeto que golpee a un tercero por motivos homófobos incluso aunque lo hiciese por error y el agredido no fuese homosexual, ni defendiese la causa de dicho colectivo? Es evidente, que en estos casos el castigo de las lesiones producidas se fundamenta en un hecho. Pero ¿también lo hace el incremento de pena derivado de la agravante de odio? ¿O esta realmente se sustenta en que la motivación que determinó el ataque refleja una ideología de su autor que nos parece especialmente rechazable?

Por otra parte, si para que se considere que se ha dado uno de los ataques propios de los delitos de odio y, por tanto, también se genere su correspondiente incremento de penas hace falta que se lleven a cabo por una finalidad discriminadora, ¿no se estará excluyendo de entre los delitos de odio y de las mayores penas que les son propias a la mayor parte de los ataques que sirven para respaldar la discriminación existente por el simple hecho de que no se efectúan con la finalidad hacerlo? Así, por ejemplo, si los delitos de odio por género solo permiten incrementar la pena de los ataques realizados contra mujeres por haber sido llevados a cabo con una motivación discriminadora contra ellas, ¿no estaremos dejando al margen de tales delitos a la mayor parte de los ataques que dicho colectivo sufre, por ejemplo, a manos de sus parejas y exparejas masculinas sin actuar por dicha motivación, por más que su ejecución pueda contribuir, y de hecho contribuya y ayude a sustentar, la discriminación que padecen?

La única forma, entonces, de justificar el incremento de penas que genera los delitos de odio al margen de toda reminiscencia del deplorable derecho penal de autor y consiguiendo, al mismo tiempo, que

cumplan con la función protectora que supuestamente persiguen es configurarlos de tal forma que su mayor castigo se fundamente en el hecho de que los ataques que les son propios estén objetivamente dirigidos a un colectivo discriminado y, por tanto, más necesitado de protección. Esto es, estableciendo un modelo de selección discriminadora y no un sistema de mera hostilidad como el actual.

Sin embargo, y como también vimos, tampoco este modelo está exento de problemas. El primero se deriva del hecho de que, si se trata de fundamentar el mayor castigo propio de estas figuras en el hecho de que su actuación recaerá sobre determinados colectivos sociales discriminados, resulta difícil de justificar por qué dicha realidad social, derivada de previos, complejos y prolongados procesos históricos, puede determinar el incremento de pena que sufrirá aquel individuo que simplemente realizó el concreto que el delito en cuestión sancione.

Tal vez este hecho sea el que ha llevado a que nuestro ordenamiento haya intentado sustentar el incremento de pena propia de estos delitos en el hecho de que las actuaciones que castigan supongan, por sí mismas, actos discriminatorios individuales, realizados por su autor a la hora de elegir a su víctima por alguna circunstancia o rasgo distintivos de la misma. Con ello, la discriminación fundamentadora de los delitos de odio dejaría de ser vista desde una perspectiva social (de grupo o clase discriminado), para pasar a serlo desde una individual (la de la concreta víctima elegida por su autor por su pertenencia a uno u otro colectivo, discriminado o no), lo que restringiría e individualizaría el contenido del injusto propio de estos delitos, permitiendo así que el castigo de sus autores respondiese a las exigencias propias del principio de culpabilidad.

Sin embargo, pese a dicha ventaja, la comentada opción legislativa, como ya vimos, también llevaría a que los delitos de odio dejasen de ser un mecanismo de lucha contra la discriminación social existente, para pasar a ser uno de simple salvaguarda de la igualdad individual, lo que tiene importantes efectos.

El más obvio es que, al convertirlas en tales, estas figuras pasarían no solo a poder determinar sus sujetos especialmente protegidos atendiendo a determinados “estatus” y no a su “clase”, (como vimos hace, por ejemplo, la agravante del art. 22. 4 CP), sino también a poder hacerlo atendiendo a cualquier he-

cho diferenciador de sus posibles víctimas. No solo a víctimas del terrorismo o la familia real, sino también (¿por qué no?) a policías, militantes o partidarios de partidos políticos, aficionados de equipos de fútbol, obesos, delgados, ancianos, jóvenes, etcétera.

Con ello, esta deriva, orientada a la defensa del principio de igualdad, no solo terminará abriendo las puertas a que se dé una ilimitada extensión tanto de estos delitos como de los del discurso del odio creados para prevenir su posible realización. Además, se eliminará la esencia y el fundamento que caracterizó y dio lugar a la creación de esta clase de delitos, provocando la paradójica situación de que unas figuras, cuyo origen e inicial fundamento y base de legitimación era el de servir de especial instrumento de protección de las minorías desvalidas y discriminadas, atendiendo al peligro que representaba para ellas la realización de ataques a alguno de sus integrantes, puedan acabar y, de hecho y como nos demuestra la realidad judicial española reciente, acaben siendo primordialmente empleadas para proteger, incluso de más forma frecuente que al resto de grupos o individuos, a aquellos que integran los colectivos o clases dominantes (p. ej. blancos, heterosexuales, católicos, monarquía, etc.) si son atacados de alguna forma por los que conforman los minoritarios y oprimidos.

Para evitar todos estos, a nuestro modo de ver, indeseables efectos resulta interesante acudir a los estudios de GALTUNG y, en este caso, especialmente a la delimitación de lo que él califica como violencia estructural. Como vimos, esta era una forma de violencia colectiva, no individual, que alude a la existencia de una serie de condiciones que dificultaban el acceso de determinados colectivos, en términos de igualdad con otros, a los recursos necesarios para la satisfacción de sus necesidades básicas.

Precisamente por ello, si partimos de que dicha violencia tiene un origen colectivo y diversificado (leyes, dinámicas sociales, circunstancias económicas, conductas individuales, etc.), no podremos hacer responsable en exclusiva a ningún sujeto de su existencia o aparición. Pero si además también admitimos, como hacía el referido autor, que la violencia estructural puede interactuar con la directa de forma que esta última puede ser tanto uno de los resultados o efectos de la estructural como uno de los pilares que apoyen y respalden la existencia y mantenimiento de dicha forma de violencia colectiva, no nos quedará

más remedio que considerar que muchas actuaciones de violencia directa cometidas contra quienes integran colectivos discriminados (lesiones, muertes, injurias, discriminaciones individuales, etc.), si bien no crean por sí solas la violencia estructural que dichos sujetos sufren ni se realizan con la intención de perpetuar su existencia, sí que actúan como verdaderas fuente de apoyo y refuerzo de su mantenimiento y continuidad.

Se pondrá así de manifiesto el hecho de que los ataques individuales realizados contra colectivos discriminados o sus integrantes (los que sufren la violencia estructural), además de generar una afectación de los bienes jurídicos de los concretos individuos atacados que castigan los delitos comunes, también pueden suponer una aportación al mantenimiento de la violencia estructural que padece el colectivo del que la víctima del delito es integrante. Una aportación que no solo hace perfectamente razonable que se tenga que considerar que los hechos que la ocasionan son más lesivos y graves que aquellos otros que no lo hacen, sino que, además, también debería llevarnos a agrupar y diferenciar los delitos que podrían y deberían ser calificados como de odio propiamente dichos (los que realizados contra colectivos discriminados que reafirmen la discriminación que sufren) de los que no deberían tener tal consideración. Esto permitirá solventar muchos de los problemas que plantea la delimitación legal actualmente vigente de dichos delitos, que, como ya vimos, los define atendiendo a la concurrencia en el ánimo de su autor de una motivación adversa a alguno de los estatus social y no a la producción o no del injusto estructural del que venimos hablando.

Así, y en primer lugar, dicha delimitación evitará que esta categoría de delitos se pueda utilizar para sancionar actuaciones que simplemente se afirme que podrían terminar dando lugar a la aparición de alguna hipotética y futura clase de violencia estructural o discriminación contra colectivos aún no discriminados, dado que, por un lado, esto supondría asimilar el castigo de la aportación discriminatoria efectiva realizada con la de la meramente potencial, lo que infringiría el principio de proporcionalidad. Mientras, por otro lado y lo que es más importante, también obviaría el hecho de que, como hemos visto, la aportación realizada por un ataque individual contra un colectivo nunca y bajo ningún concepto resulta suficiente y adecuada por sí misma para generar una violencia

El discurso terrorista y su financiación

como la estructural, que se construye a través de un largo periodo de tiempo y por una acumulación de actuaciones y actitudes realizadas de forma sucesiva por muchos sujetos completamente ajenos a aquel que efectuó el ataque individual que estos delitos castigan, con lo que sancionar a quien realizó tal ataque sobre la base de que la mera ejecución de su conducta era supuestamente idónea para dar lugar a la futura aparición de dicha clase de violencia supondría hacerlo partiendo de una completa ficción, abiertamente contraria a las más básicas exigencias derivadas del principio de lesividad y de culpabilidad.

Por otro lado, se delimitaría el excesivamente amplio campo actual de actuación que otorga la actual delimitación de los delitos de odio, haciendo, por ejemplo, que no pudiesen tenerse por tales aquellas figuras que se han creado con el fin de tutelar a algunos sujetos claramente diferenciados de los demás, pero que pertenecen a las clase dominantes (p. ej. los que tutelan la corona) y tampoco a aquellas otras que protegen por igual a los colectivos discriminados y los que no lo están (p. ej. los que protegen especialmente a las personas por sus estatus, sin diferenciar grupos discriminados o no como sucede con los agravados atendiendo al art. 20.4 CP o los contemplados en los art. 510 CP y 525 CP), posicionamiento que, evidentemente, obligará a tener que buscar el posible fundamento de dichas figuras y, en su caso, de la cualificada sanción penal que las mismas conllevan en una razón diferente a la de su simple consideración como tal clase de delitos.

Junto a lo anterior, configurar los delitos de odio sobre la base de la existencia de un ataque que represente un sustento de la violencia estructural existente solventa también otros de los problemas técnicos que otras posibles delimitaciones de dichos delitos, como hemos visto, no consiguieron superar.

Así, por ejemplo, elimina cualquier posibilidad de calificar estos delitos como manifestaciones del denostado derecho penal de autor. Aquí, se castiga o se incrementa la pena del sujeto no por sus reprochables ideas, ideología o motivaciones, sino porque estas se han manifestado en un hecho que contribuye al mantenimiento de una violencia estructural existente, lo que, sin duda, intensifica el desvalor objetivo del injusto individual realizado y justifica su mayor represión.

Además y al mismo tiempo, al fundamentar el mayor castigo de esta clase de delitos en un hecho objeti-

vo (la aportación que supone la realización del ataque a la violencia estructural existente contra colectivos discriminados) y no en la mera motivación que impulsó a sus autores a efectuarlos, no se exigirá para poder castigarlos conforme a dichas figuras que actúen movidos ni por odio, ni por ningún otro móvil o finalidad discriminadora. Bastará con que conozcan la situación de violencia estructural o discriminación que sufría el grupo al que pertenecía el individuo al que dirigieron sus ataques, que sepan que sus actuaciones contribuirán al mantenimiento de tal situación y, pese a ello, decidan cometerlas para que sus conductas presenten la antijuridicidad objetiva y se realicen con el dolo que requeriría el correspondiente delito de odio para poder castigarlos conforme al mismo. Así, esta clase de figuras se convertiría en un instrumento jurídico adecuado para luchar con algunas de las más habituales formas de apoyo de la discriminación social existente, como sucede, por ejemplo, con los ataques de género, que, como pusimos de manifiesto anteriormente, permanecen a día de hoy en su mayor parte al margen de dichas figuras atendiendo a su delimitación actualmente vigente.

Finalmente y por si estas ventajas fueran pocas, la propuesta realizada también conseguirá salvar el problema que plantearía en términos de culpabilidad el tratar de sustentar el incremento de penas propio de estas figuras atendiendo a la mera existencia de una situación de discriminación social que sufra la víctima del delito de odio en cuestión, ya que, al no castigar al autor de estos delitos por dicha situación social, que ni creó, ni pudo crear con su mera actuación, sino por la concreta e individual contribución a su mantenimiento que se derivará de su concreta conducta, se logrará que la mayor sanción que se le vaya a aplicar responda sin mayores problemas a las exigencias propias del principio de personalidad de las penas.

Como se puede comprobar, no son pocas ni menores las ventajas aportadas por la propuesta realizada. Ahora bien, todavía por resolver quedan los problemas que planteaban los delitos del discurso del odio.

5. Los delitos del discurso del odio y su conexión con la violencia cultural

Como ya vimos los delitos que persiguen las diferentes manifestaciones del denominado discurso del odio plantean varios problemas. El primero y posiblemente el más grave es el referido a la cuestionable compa-

tibilidad de su propia existencia con el necesario y debido respeto a la libertad de expresión garantizada por nuestra constitución; problema que, a nuestro modo de ver, solo puede ser respondido de forma adecuada, en nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta varias cuestiones.

En primer lugar, nuestra constitución, como anticipamos y no se ha cansado de repetir nuestro Tribunal Constitucional, no contempla un modelo de democracia militante que permita prohibir y sancionar sin más los discursos intolerantes o que ataquen la propia existencia o los pilares básicos de la democracia. En esto, el texto fundamental español se distancia del alemán, pero también, y no debe olvidarse, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A diferencia de estos dos textos, la carta magna española no contiene clausula alguna de abuso de derechos fundamentales para salvaguardar la propia existencia del sistema que establece.³³

Ahora bien, esto, sin embargo y como también tiene declarado nuestro máximo interprete constitucional, no supone que nuestra carta magna configure un derecho a la libertad de expresión desmedido y carente de cualquier límite. La libertad de expresión tiene límites, pero estos se derivarán del hecho de que su uso entre en conflicto con otros valores o derechos fundamentales que también deben ser jurídicamente amparados por el Estado.

Así, y como también ha señalado nuestro TC en varias de sus sentencias más conocidas referidas, precisamente, a algunos cuestionables delitos del discurso de odio (p. ej. STC 235/2007 relativa a la constitucionalidad de los delitos de justificación y enaltecimiento del genocidio o la STC 112/2016, referida al delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo),³⁴

por más que algunos mensajes o discursos puedan parecernos repudiables a la mayoría o incluso ataquen a los pilares más básicos de la tolerancia que debe existir en todo sistema democrático solo podrán ser legítima y proporcionalmente prohibidos y sancionados como delitos si su ejecución viene a poner gravemente en tela de juicio otros valores fundamentales por representar una forma de incitación, cuanto menos, indirecta o no explícita a la comisión de ataques violentos y graves contra terceros, como sucederá cuando generen una atmósfera, un “clima” de hostilidad hacia determinados colectivos que favorezca la realización de tales ataques contra quienes los integran.³⁵

De ello se deducirá automáticamente, en términos penales, que el contenido material de antijuridicidad que legitimará la creación y existencia de los delitos del discurso del odio se derivará y será directamente dependiente de aquel que definiría la conducta o conductas de terceros que el discurso sancionado vendría a fomentar; lo que evidentemente llevará a que estas figuras solo puedan castigar la transmisión de mensajes, en la medida en que estos resulten idóneos, por sí mismos, para dar lugar a la realización de ataques que también tengan dicha trascendencia. Esto es, en la medida en que sancionen mensajes que resulten aptos para inducir la ejecución de actos violentos y delictivos, no siendo suficiente, entonces, tal y como otros han propuesto, que pudieran dar lugar a otras posibles manifestaciones de violencia directa pero no delictiva (p. ej. meros comportamientos discriminatorios no penalmente relevantes).³⁶

Ahora bien, una vez que se afirma que los delitos del discurso del odio son figuras que castigarán actos de incitación indirecta, es decir, no explícita, a come-

³³ No le falta razón, por tanto, a TERUEL LOZANO, G. M. cuando señala que el Convenio europeo adopta un modelo constitucional de cariz más militante que el español. En Op. cit. ant. p. 11. De hecho, y como señala ALCACER GUIRAO, R. el CEDH tiene un claro carácter de democracia militante resultado inherente a su “*génesis como respuesta frente al totalitarismo*”. En “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *recpc* 14-02 (2012) p. 02:8, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 17-3-2020).

³⁴ Véase, respecto a esta sentencia, lo comentado, por ejemplo, por GÖRAN ROLLNERT, G., en Op. cit. ant. p. 261, o por GALÁN MUÑOZ, A. quien señala que dicha resolución tiene una enorme incidencia en la delimitación de lo prohibido y castigado por delitos como el de enaltecimiento del terrorismo, figura que precisamente por necesitar de dicha idoneidad incitadora, tendrá encaje entre los delitos de odio, siendo un ejemplo de la figura represora constitucionalmente legítima de lo que denomina “discur-

so del odio terroristas”, en “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twittersos y titiriteros?”, en *EPC XXXVIII*, 2018, pp. 293 y ss.

³⁵ Pese a todo, también es cierto que existen otras resoluciones de nuestro TC que parecen mantener una visión más continental del problema, defendiendo que existen discursos que al ser de odio están excluidos *ab initio* del ámbito de protección de la libertad de expresión. Así se manifestó, por ejemplo, la STC 177/2015 referida al delito de injurias a la corona, acertadamente criticada, entre otros, por CUERDA ARNAU, M. en “Terrorismo y libertades políticas”, *Teoría y Derecho* (3) 2008, p. 88. Sobre esta polémica jurisprudencial y sus implicaciones en el tema que nos ocupa véase, GALÁN MUÑOZ, A. “Delitos de odio, discurso del odio y derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, *Revista Penal*, nº 46, 2020, pp. 55 y ss.

³⁶ Sobre esta discusión, previa a las reformas del año 2015, véase lo comentado por ALASTUEY DOBÓN, C. Op. cit. ant. p. 11.

El discurso terrorista y su financiación

ter determinados delitos violentos por haber generado los climas de hostilidad que los favorecen e impulsan, se hace nuevamente útil acudir a la explicación de la violencia desarrollada por GALTUNG para definir las conductas que dichos delitos podrían llegar legítimamente a castigar.

Como vimos, conforme a la teoría del referido autor, existe una forma de violencia que presenta una indudable cercanía con los climas hostiles e indirectamente incitadores de agresiones directas, de los que hablan los delitos del discurso del odio: la denominada violencia cultural. Esta clase de violencia está referida y agrupa precisamente a todas aquellas ideas o expresiones (religiosas, ideológicas, etc.) creadas y sostenidas de forma colectiva que puede respaldar y apoyar la posible aparición y mantenimiento de las otras posibles manifestaciones de la violencia (tanto de la directa o individual, como de la estructural o colectiva), actuando, por tanto, como mecanismo de apoyo psicológico de su aparición o mantenimiento.

Partiendo de lo anterior, habría que decir que los delitos de discursos del odio vendrían a sancionar manifestaciones puntuales e individuales de la denominada violencia cultural, pero solo lo harán en la medida en que su realización resulte realmente idónea para generar aquella otra forma de violencia que el citado sociólogo noruego denominaba como violencia directa. No podrán prohibirse penalmente, por tanto, aquellas expresiones o actos de apoyo o fomento de alguna forma de violencia cultural por el simple hecho de que lo sean. Esto es, por el mero hecho de que sean expresiones que fomenten o respalden sentimientos negativos y hostiles contra un colectivo, lo que, a nuestro juicio, obliga, por ejemplo, a entender como no acorde a nuestra constitución que el art. 510.1 a) CP sancione, como de hecho hace, la difusión de expresiones por el simple hecho de que estas sean adecuadas para incitar al odio o a la hostilidad, en general, contra los colectivos a los que dicho precepto alude, ya que ello vendría a castigar penalmente meras manifestaciones de apoyo a ciertas formas de violencia cultural y no, por tanto, como exige nuestro TC, tan solo a aquellas que sean aptas, además, para generar efectivos actos de violencia directa contra aquellos que la sufren.³⁷

³⁷ Precisamente por ello, no deberían ser consideradas como delictivas las palabras del obispo de Madrid que en una homilía, retransmitida por televisión, se manifestó contra los homosexuales señalando que desde pequeños se les incentivaba a atraerse por per-

Por otra parte, al ponerse de manifiesto que lo que define y legitima a estos delitos es que la manifestación sancionada por los mismos sea adecuada para dar lugar a ataques propios de la violencia directa, se hace también evidente que los discursos del odio sancionables penalmente conforme a dichas figuras podrán estar dirigidos tanto contra quienes integren grupos que sufran violencia estructural (p. ej. homosexuales, mujeres, emigrantes, etc.) como contra los que no la padezcan pero sí que sean objeto de ataques violentos sustentados y respaldados por la violencia cultural que se dirige contra ellos, dado que, como la realidad nos ha demostrado, por ejemplo, en los casos relativos a las víctimas de terrorismo, la violencia cultural pueden respaldar y dar lugar a la directa contra algunos grupos o colectivos, sin necesidad de que estos estén sometidos a violencia estructural. Es decir, sin necesidad de que haya una situación social de discriminación se deja completamente claro.

Lo importante es que el mensaje o discurso emitido resulte adecuado, desde un punto de vista *ex ante*, para dar lugar a efectivas manifestaciones de violencia directa constitutiva de delito, no que se dirija contra un colectivo discriminado, circunstancia que, como se puede comprobar, diferenciará claramente este grupo de delitos de los delitos de odio propiamente dichos.

Ahora bien, lo cierto y verdad es que, para poder afirmar que un discurso no incitador directa y explícitamente de ataques delictivos y violentos contra terceros pueda ser tenido como idóneo para poder llegar a generar este tipo de ataques y no solo para dar lugar a la hostilidad o incluso a la discriminación del colectivo contra el que estuviese dirigido, hará falta, necesariamente, que pueda llegar a tener receptores que se puedan pronosticar objetivamente que podrían motivarse por dichos mensajes para ejecutar tales ataques. Esto, a nuestro juicio, solo dejará de ser considerado como una posibilidad abstracta y general para pasar a ser algo real y objetivamente pronosticable en la medida en que exista un grupo más o menos amplio

sonas de su mismo sexo y que por ello, "encuentran el infierno". Evidentemente, este tipo de manifestaciones es idónea para suscitar hostilidad, rechazo u odio contra dicho colectivo, como bien señala DE VICENTE MARTÍNEZ, R. Op. cit. ant. p. 141, pero no eran idóneas por sí mismas para determinar ataques delictivos de violencia directa contra el mismo por lo que consideramos, a diferencia de lo que sostiene la referida autora, que, por muy execrables que nos puedan parecer tales manifestaciones, habrían de ser tenidas por irrelevantes a efectos penales.

de posibles receptores que, de hecho, estén ya llevando a cabo dicha clase de ataques, precisamente, por seguir los postulados que el mensaje en cuestión vendría a repetir y a respaldar. Esto es, en la medida en que exista un colectivo de personas, organizados o no, que, utilizando la terminología de GALTUNG, estén cometiendo realmente actos delictivos de violencia directa precisamente impulsados por las ideas de la violencia cultural que el mensaje transmitido vendría a respaldar y difundir.

Será entonces y solo entonces cuando podrá afirmarse que el mensaje transmitido era realmente idóneo, desde un punto de vista *ex ante*, para generar violencia delictiva directa y no otras manifestaciones violentas diferentes o menores.

Habrà que entender entonces, por ejemplo, que las transmisiones de mensajes justificadores de los actos violentos que un determinado colectivo sufrió en el pasado, de los que enaltecen o justifican a quienes los cometieron, los que humillan a sus víctimas o incluso de los que glorifican o justifican regímenes ya desaparecidos solo podrán ser sancionadas por los delitos de discurso del odio en la medida en que los colectivos que siguen y respaldan dichos discursos (grupos xenófobos, racistas, terroristas, colectivos radicales etc.) estén cometiendo *de facto* actos violentos atendiendo a las ideas que tales mensajes sostienen.³⁸ Esto es algo que, como acabamos de ver, resulta fundamental para poder afirmar que dichos mensajes eran previsiblemente idóneos para incitar a la realización de nuevos ataques, pero que, además y sin duda alguna, permitirá limitar e introducir algo de sentido y proporcionalidad en la desmedida extensión y amplitud que tanto nuestro legislador como nuestros tribunales han querido dar a la aplicación de esta clase de figuras delictivas.

Si, además, a ello se le añade que la delimitación propuesta hará que estos delitos solo puedan castigar mensajes que sean realmente adecuados por sí mismos para dar lugar a ataques violentos y delictivos, sin exigirles que creen o sean idóneos para crear climas que en modo alguno pueden llevar a generar individualmente, no quedará más remedio que aceptar

que nos encontramos ante una propuesta que, además de enfrentar de forma realista y eficaz el problema que plantean la prevención penal de este tipo de peligrosos discursos a los Estados democráticos tolerantes, como el nuestro, lo hará sin que estos tengan que sacrificar por el camino aquellos derechos y garantías, como los referidos a la libertad de expresión, pero también los derivados del principio de lesividad o de culpabilidad, que permiten considerarlos realmente como tales.

6. Los delitos de odio y los del discurso del odio, unas figuras legítimas, pero a “utilizar” con cautela

Como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, la única forma de conseguir que los delitos de odio y los del discurso del odio respondan a su loable finalidad político-criminal, respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos y los principios que definen a un derecho penal realmente garantista, es fundamentando sus correspondientes injustos sobre pilares diferentes. Unos, los del odio, deberían tratar de evitar actos delictivos de apoyo a la violencia estructural castigándolos con más pena que los que no lo son. Los otros, los del discurso del odio, habrían de hacer lo propio con algunas manifestaciones de violencia cultural que respaldan y pueden llevar a que se ejecuten, de forma efectiva, actos de violencia directa. Mantener este diverso fundamento llevará a que ambas clases de figuras puedan ser consideradas como legítimas. Pero, también y al mismo tiempo, llevará a que no todos los delitos del discurso del odio tengan necesariamente que partir de ni exijan que sus sujetos pasivos tengan que estar sufriendo violencia estructural para castigar los discursos que los atacan.³⁹

Habrà que entender, por tanto, que los grupos conformados por los delitos de odio y los del discurso del odio no funcionan, como algunos entienden, como

³⁸ GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista...” cit. ant. p. 297. En el mismo sentido, señalan CANCIO MELIÀ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. que para apreciar la existencia del riesgo incitador que exige nuestro TC para tener por legítimo este delito existe una precondition: “la existencia de un terrorismo activo”. En Op. cit. ant. p. 241.

³⁹ Podrà haber casos en el padecimiento de dicha violencia colectiva favorezca que el mensaje que se dirija contra ellos llegue a ser idóneo para producir violencia directa en su contra (así podría suceder, por ejemplo, con el colectivo homosexual o los inmigrantes). Sin embargo, dicho hecho no será requisito necesario e imprescindible para poder apreciar el peligro que legitima y dota de contenido material a los delitos de discurso del odio, con lo que se hará factible que estos delitos puedan emplearse también para proteger a colectivos no discriminados (p. ej. las víctimas del terrorismo).

El discurso terrorista y su financiación

círculos concéntricos.⁴⁰ Ambas clases de delitos se encuentran más bien en una situación que se podría representar mediante el uso de dos círculos secantes que solo tendrían en su espacio de intersección aquellas figuras que castiguen la difusión de mensajes que, además de resultar idóneos para dar lugar a la realización de actos violentos contra los colectivos que protegen —lo que haría que se les considerase como delitos del discurso del odio—, también lo hagan exigiendo que su emisión tenga que atacar a determinados colectivos discriminados, actuando entonces al mismo tiempo como instrumento de apoyo y sustento de la violencia estructural que dichos colectivos sufren, pudiendo calificárseles entonces como verdaderos delitos de odio.

Sea como fuese, y pese a sus diferencias, lo que sí parecen tener ambas clases de delitos en común es su carácter excepcional y controvertido, ya que mientras los de odio, al dar un tratamiento penal diferenciado a determinados grupos sociales frente a otros, ponen en cuestión la cohesión social, por muy justificado que dicho diferente tratamiento pueda estar,⁴¹ los del discurso del odio limitan y sitúan en clara tensión a un derecho tan fundamental para la democracia como es el de la libertad de expresión. Es precisamente por ello que no podemos terminar este pequeño trabajo referido a ambos grupos de figuras delictivas sin advertir que, aun cuando consigamos mantener dentro de lo admisible su campo de actuación, sería conveniente utilizarlas siempre con suma cautela y de la forma más limitada posible, algo por lo que, sin embargo, no parece que estén ni nuestro legislador, ni nuestros jueces, con lo que a buen seguro continuemos mucho tiempo cuestionando y debatiendo tanto sobre los controvertidos límites de ambos grupos de delitos, como sobre las previsiblemente controvertidas resoluciones judiciales a que su existencia y proliferación darán lugar.

⁴⁰ De otra opinión, parece, sin embargo, CANCIO MELIÁ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. Op. cit. ant. p. 238 y ss.

⁴¹ Véase, en este sentido, lo comentado por BARROS-MELO, I. con respecto a lo que denomina como efectos parasimbólicos de las penas propias de estos delitos, en “Entre símbolos e retribuições: sobre as tensões políticas no enfrentamento aos delitos motivados pelo gênero”, en *Pandemia e mulheres*, v. 2, , Studio sala de aula, Salvador, 2020, p. 234.

7. Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, C. “Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015”, en RECPC 18-14 (2016), pp. 17 y 18, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 12-3-2020)
- ALCACER GUIRAO, R. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes”, en RECPC 14-02 (2012) p. 02:8, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 17-3-2020).
- , “Libertad de expresión, negación del holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, n° 97 (2013).
- , “Víctimas y disidentes. El “discurso del odio” en EE.UU. y Europa”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, n° 103 (2015).
- , “Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal”, en RECPC 18-11 (2016), p. 52, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 10-3-2020).
- , “Opiniones constitucionales”, *Indret* 1/2018, p. 12, en <https://indret.com> (últ. vis. 10-2-2019).
- , “Símbolos y ofensas. Crítica a la protección de los sentimientos religiosos”, RECPC 21-15 (2019), en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 10-3-2020).
- BARROS-MELO, I. “Entre símbolos e retribuições: sobre as tensões políticas no enfrentamento aos delitos motivados pelo gênero”, en *Pandemia e mulheres*, v. 2, , Studio sala de aula, Salvador, 2020.
- CANCIO MELIÁ, M. /DÍAZ LÓPEZ, J. A. *Discurso del odio y/o discurso terrorista. Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*. Ed. Aranzadi, 2019.
- CUERDA ARNAU, M. en “Terrorismo y libertades políticas”, *Teoría y Derecho* (3) 2008.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *El discurso del odio. Análisis del art. 510 del Código penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DE LA PARRA, D./TORTOSA, J. M. En “Violencia estructural: una ilustración del concepto”, en *Documentación Social* 131 (2003).
- ESQUIVEL ALONSO, Y. “El discurso del odio en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 35, 2016.

- FOX, G./NOLTE, G. “Intolerant Democracies”, *Harvard International Law Journal*, V. 36 n. 1 (1995), p. 9 y ss, en <https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/210/> (últ. vis. 12-10-2020).
- FUENTES OSORIO, J. L. “El odio como delito”, en RECPC 19.27 (2017) p. 6, en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 10-2-2020).
- GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y tiritireros?”, en EPC XXXVIII, 2018.
- , “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, *Revista Penal*, n° 46, 2020.
- GALTUNG, J. “La violencia: cultural, estructural y directa” *Cuadernos de estrategia*, ISSN 1697-6924, N°. 183, 2016.
- GÓMEZ MARTÍN, V. “Incitación al odio y Género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en RECPC 18-20 (2016) en <http://criminet.ugr.es/recpc> (últ. vis. 12-3-2019).
- GÖRAN ROLLNERT, G. “El discurso del odio y sus límites de libertad de expresión: de la “zona intermedia” a los estándares internacionales”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. *La intervención penal frente a la xenofobia*, Ed. UPV, 1999.
- , *Los delitos de odio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LEÓN ALAPONT, J. en la “Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos”, en *Diario La Ley*, n° 9572, 2020, en <https://diariolaley.laleynext.es> (últ. vis. 10-3-2020).
- LAURENZO COPELLO, P. “La discriminación en el Código penal de 1995”, en EPC, n° 19, 1996.
- POPPER, K. *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006.
- SOTO GARCÍA, M. “TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón C. España, 2034/07 -«Artículo 10 del CEDH libertad de expresión – límites - delito de Injurias contra el jefe del estado - Exhortación a la violencia y discurso de odio»”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 42, 2012,
- TERUEL LOZANO, G. M. “La Libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sobras sin luces en la reforma del Código penal”, en *Indret* 4/2015, en <https://indret.com> (últ. vis. 10-6-2020).

La estructura de la ponderación convencionalizada. Criterios para el control judicial de la prisión preventiva oficiosa

Arnulfo Daniel Mateos Durán*

*Doctor en Derecho por la Universidad
Ruprechts-Karl Heidelberg, Alemania*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2874-5288>

RESUMEN: Este artículo pretende ofrecer posibles soluciones dentro del entramado constitucional mexicano a los problemas derivados de figuras como la prisión preventiva oficiosa y su incompatibilidad con los derechos fundamentales internacionales. Con el fin de alcanzar este objetivo, este artículo analiza y cuestiona criterios como el principio pro persona y el criterio jurisprudencial establecido por la CT 293/2011. Finalmente, se ofrecerá un modelo dogmático como base de la ponderación convencionalizada y sus efectos en la prisión preventiva oficiosa.

PALABRAS CLAVE: control de convencionalidad, ponderación, pro persona, principios formales, restricciones.

ABSTRACT: This article aims to offer possible solutions within the Mexican constitutional framework to the problems derived from concepts as the mandatory pre-trial detention and its incompatibility with international fundamental rights. To achieve this objective, this article analyzes and criticizes criteria such as the pro homine principle and the judicial precedent established by the CT 293/2011. Finally, a dogmatic model is offered as a basis for the conventionalized balancing and its effects on mandatory pre-trial detention.

KEYWORDS: control of conventionality, balancing, pro homine, formal principles, restrictions.

* Doctor en Derecho por la Universidad Ruprechts-Karl Heidelberg en Alemania. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestría en Derecho en la Universidad Ruprechts-Karl Heidelberg. Agradezco al Dr. Alejandro Nava Tovar por la revisión a este texto. Asimismo, agradezco al Prof. Martín Borowski por sus comentarios y críticas a las ideas presentadas en este trabajo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los derechos fundamentales como derechos morales positivizados. 3. La estructura del examen de los derechos fundamentales nacionales e internacionales. 4. Los límites del principio pro persona o pro homine. 5. Los modelos dogmáticos para explicar la relación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales. 5.1. El modelo de prelación o preferencial. 5.2. El modelo del derecho fundamental híbrido. 5.3. El modelo del examen paralelo de los derechos fundamentales. 5.4. El modelo dogmático a elegir. 6. La ponderación convencionalizada. 6.1. La estructura de la ponderación entre derechos fundamentales nacionales. 6.2. La vinculación de las decisiones del legislador democrático nacional. 6.3. La vinculación de los precedentes internacionales. 6.4. La reconstrucción del margen de discrecionalidad del legislador y el efecto de la jurisprudencia internacional a través de los principios formales. 6.5. La estructura de la ponderación convencionalizada. 7. La ponderación convencionalizada en el caso de la prisión preventiva oficiosa. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. Introducción

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del caso *García Rodríguez y otros vs. México*¹ constituye un hito para el sistema constitucional mexicano debido a que el cumplimiento de este fallo exige una restructuración del sistema constitucional mexicano, ya sea a partir de una reforma constitucional o la necesaria modificación de los criterios jurisprudenciales actuales, puesto que trata una cuestión de gran relevancia para la política criminal y constitucional de la actual y las anteriores administraciones del gobierno. En otras palabras: la figura de la prisión preventiva oficiosa. Situación que dificultará los consensos políticos necesarios para llevar a cabo la necesaria reforma constitucional y que abre la puerta a otras formas de cumplimiento ofrecidas por la Constitución mexicana.

Esta sentencia es el producto de una serie de tensiones existentes entre la configuración del sistema constitucional mexicano y el sistema interamericano de derechos humanos fundado en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por un lado, la jurisprudencia de la CIDH se caracteriza por establecer criterios de cumplimiento estrictos para los Estados miembros a la Convención (Vasel, 2017: 159); por el otro, los criterios jurisprudenciales establecidos por las decisiones jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como la Contradicción de Tesis 293/2011 crean nichos de tensión y contra-

dicción entre las dos esferas de protección de los derechos fundamentales. En este sentido, los fallos de la CIDH son el producto de una contradicción respecto del alcance y efecto de los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional. Dicha tensión no se circunscribe solo a la interpretación de los derechos, sino también a las diferencias existentes en las restricciones de los derechos fundamentales previstas en los catálogos nacionales e internacionales.

No obstante, los problemas subyacentes al cumplimiento para el Estado mexicano no constituyen un fenómeno aislado en el sistema mexicano, ni en el sistema interamericano, ni mucho menos a nivel internacional. Lo anterior, porque contradicciones entre derecho nacional e internacional son situaciones que suceden en todo ordenamiento jurídico que incorpora tratados internacionales o que reconozca la aplicación directa de principios internacionales a nivel nacional. Tal tipo de contradicciones son resueltas, en la mayoría de los casos, a partir de las reglas de solución de antinomias tales como el *principio lex superior derogat legi inferiori* o *lex posterior derogat legi priori*. Sin embargo, un caso particular puede observarse en las contradicciones entre normas que protegen derechos fundamentales.

Lo anterior se debe en gran medida a las libertades y bienes jurídicos que garantizan estas normas, cuya protección es de mayor importancia para los individuos que detentan tales derechos. Aunque en los inicios del derecho internacional moderno los individuos dentro de los Estados nacionales no eran reconocidos como sujetos de derecho internacional, después de la Segunda Guerra Mundial —y debido las atrocidades

¹ CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

cometidas por los gobiernos fascistas— fue necesario el reconocimiento de su protección y el establecimiento de instrumentos jurídicos internacionales para dicho fin (Kälin/Künzli, 2019: 16; Grabenwarter/Pabel, 2021: 1). Esto se materializó con la creación de una gran cantidad de tratados y pactos internacionales para la protección de las libertades y bienes de las personas. Aunque los derechos contenidos en los tratados internacionales deberían recibir el mismo trato que otras normas del derecho internacional, muchas veces el ordenamiento nacional concede una prioridad a estas normas que no sucede con otras normas internacionales que regulan otros ámbitos.

Además, los instrumentos internacionales que cuentan con un órgano de vigilancia, ya sea un órgano internacional (como en el caso de la OMS o la OMC) o un tribunal internacional (como la Corte de Justicia Internacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos), tienen generalmente un mayor impacto a nivel nacional a través de las decisiones que emiten, pues su efectividad es superior en comparación a otros instrumentos internacionales que no cuentan dichos órganos de vigilancia (Kälin/Künzli, 2019: 231-235). Esto es debido a que las posibles recomendaciones, decisiones o fallos de estos organismos internacionales pueden tener repercusiones políticas y económicas internacionales para los Estados; lo cual es el caso de los llamados sistemas regionales de derechos humanos, como los sistemas establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El estudio de las tensiones entre la esfera nacional e internacional de los derechos por lo general se enfoca las tensiones entre las cortes constitucionales y los tribunales internacionales. No obstante, hay una cuestión que su estudio pormenorizado puede también resultar interesante y que consiste en la exigencia del ordenamiento constitucional para todas las autoridades y operadores jurídicos de ofrecer resultados congruentes con la Constitución. ¿Qué quiere decir esto? En otras palabras, las autoridades y los jueces nacionales, al momento de aplicar los derechos fundamentales emanados de los tratados, tienen la obligación de ofrecer resultados que sean congruentes con todo el entramado jurídico que forma parte del parámetro de control de la Constitución mexicana (Mateos Durán, 2023: 259).

A primera vista se consideraría que el argumento anterior conduciría a un criterio similar al de la CT 293/2011, en el cual las restricciones de la Constitución prevalecerían sobre la protección ofrecida por los derechos contenidos en los tratados internacionales, *pero este no es el caso*. Primero, hay que recordar que, si bien los instrumentos jurídicos como la CADH tienen su origen en una fuente internacional, después de la firma y ratificación del instrumento por parte del Estado mexicano este instrumento constituye derecho nacional y debe ser aplicado por todas las autoridades y órganos del Estado. Segundo, en el caso de los tratados que contengan derechos, estos cuentan con un rango constitucional conforme al artículo 1, párr. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); lo que diferencia su aplicación respecto de otras normas internacionales incorporadas es que cuentan con un rango supralegal, pero infraconstitucional. Tercero, la necesaria armonización de los derechos fundamentales nacionales e internacionales en casos de colisiones no carece de un sustento constitucional, pues el mismo artículo 1, párr. 1 CPEUM establece: “... cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Dicha exigencia es solo posible al interpretarse los derechos internacionales incorporados como derechos constitucionales nacionales y, por ello, que sean susceptibles de aplicación de las herramientas de adjudicación disponibles en el ordenamiento constitucional mexicano cuando existan colisiones —en particular, el test de proporcionalidad—. ²

El criterio anterior conduce necesariamente a las siguientes preguntas: ¿en qué se diferencia el control judicial de las colisiones entre derechos nacionales e internacionales con aquel entre los derechos originarios³ de la Constitución? ¿Pueden resolverse tales colisiones con el “principio *pro persona*”? ¿Existe algún modelo dogmático que pueda explicar la relación entre derechos nacionales e internacionales y sobre todo armonizar las restricciones? ¿Son estas colisiones susceptibles de ser resueltas con el test de pro-

² En este sentido, cuando hablamos de parámetro constitucional nos referimos a todos los derechos y bienes jurídicos con rango jurídico, incluidos los derechos fundamentales internacionales.

³ El uso del concepto “originario” en esta pregunta es solamente para diferenciar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución respecto de aquellos contenidos en los catálogos internacionales.

porcionalidad, en especial, la grada de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación? ¿Existe una ponderación convencionalizada? ¿Qué papel juega el legislador nacional dentro de esta ponderación? ¿Qué efecto tiene la jurisprudencia internacional dentro esta ponderación?

El objetivo de este trabajo consiste en explicar a grandes rasgos un primer acercamiento para la solución de las posibles colisiones entre los derechos fundamentales de la Constitución con los derechos contenidos en otros tratados internacionales, en particular, los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Todo esto, con la finalidad de ofrecer una respuesta a fallos como la sentencia *García Rodríguez y otros vs. México* con base en el entramado constitucional actual. Independientemente de si el fallo de la CIDH conduce a una posterior reforma y derogación de la “prisión preventiva oficiosa”, es ineludible la existencia de contradicciones entre derechos fundamentales dentro de los textos de los catálogos de derechos y en la jurisprudencia nacional o internacional.

Es así que el presente estudio tendrá la siguiente estructura. 1. Comenzará con una posible explicación sobre por qué existen diferencias entre la esfera nacional e internacional al momento de positivizar e interpretar los mismos derechos. 2. Se establecerán las bases del examen de control de constitucionalidad para abordar las colisiones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales. 3. Se analizarán los límites del principio *pro persona* y por qué es una herramienta inadecuada para la solución de colisiones entre derechos fundamentales. 4. Se ofrecerán diversos modelos dogmáticos y se elegirá uno como base para la ponderación. 5. Se analizará la estructura de la ponderación entre derechos nacionales. VI. Se delinearán las características de la ponderación convencionalizada. VI. Finalmente, se ofrecerán criterios de solución para los problemas derivados de la prisión preventiva oficiosa.

2. Los derechos fundamentales como derechos morales positivizados

Una primera cuestión que debe ser resuelta es explicar por qué existen diferencias entre los derechos protegidos a nivel nacional e internacional. Se podría argumentar que los culpables son los órganos de control

judicial nacional e internacional, los cuales interpretan de manera distinta los mismos derechos. No obstante, es posible ver diferencias dentro los catálogos no solo en el listado de derechos que protegen, sino también en las restricciones constitucionales que limitan el disfrute de ciertos derechos; por ejemplo, la prohibición al voto pasivo de los ministros de culto contenida en el artículo 130 inciso d) CPEUM y que es un rasgo de la estricta separación entre el Estado e Iglesia que caracteriza al sistema constitucional mexicano. Una posible explicación a esta cuestión la ofrece la teoría de la transformación de los derechos humanos —como derechos morales— en derechos fundamentales postulada por Robert Alexy (1998). Conforme a esta teoría, los derechos humanos son derechos morales. Como derechos morales, estos son válidos *por sí mismos*, lo que implica que la validez de estas normas no requiere de los criterios de eficacia social y correcta institucionalización (Borowski, 2022: 371-372). Los derechos humanos cuentan con las siguientes características: 1) son derechos morales; 2) son derechos universales respecto a sus portadores y destinatarios; 3) protegen bienes fundamentales; 4) tienen prioridad respecto del derecho, y 5) poseen un alto nivel de abstracción (Borowski, 2022: 375-379). Los derechos humanos como derechos morales presentan de problemas en cuanto a su implementación puesto que, al ser todos los individuos portadores y destinatarios de estos, por su carácter *erga omnes*, tienen una baja efectividad (Borowski, 2022: 373).

De acuerdo con la teoría de la transformación, los derechos humanos exigen moralmente una efectiva protección, por lo que es necesaria su transformación en derecho positivo (Borowski, 2019: 27). Los derechos humanos, como derechos morales, al ser transformados en derecho positivo reciben el nombre de “derechos fundamentales”. Los derechos fundamentales cuentan con las siguientes características: 1) son derechos jurídicos; 2) son derechos frente al Estado; 3) son derechos individuales; 4) protegen bienes fundamentales; 5) tienen prioridad dentro del ordenamiento jurídico; 6) son derechos abstractos (Borowski, 2019: 30-34). A diferencia de los derechos humanos, los derechos fundamentales garantizan pretensiones y posiciones jurídicas a sus portadores, las cuales son oponibles al Estado a través de los órganos jurisdiccionales. A diferencia de los derechos humanos, los derechos fundamentales cuentan con la

coacción del Estado para su efectiva implementación. Los derechos fundamentales poseen generalmente prioridad frente a otras normas del ordenamiento jurídico, lo que se refleja comúnmente en su rango constitucional. No obstante, ciertos rasgos prevalecen de su carácter originario como derechos humanos, tales como su fundamentalidad y abstracción; sin embargo, estas características ya no pueden ser abordadas desde un ámbito moral, sino desde el derecho. En este sentido, los derechos fundamentales como normas jurídicas están sometidos a todas las herramientas de interpretación y aplicación del derecho positivo.

Gracias a la teoría de la transformación se puede explicar por qué existen diferentes intentos de positivización del mismo derecho moral (Mateos Durán, 2023: 101-102). La transformación de los derechos humanos puede tener lugar a nivel nacional, internacional y supranacional. Esto quiere decir que a nivel nacional e internacional existen intentos de transformar el mismo derecho moral —por ejemplo, la libertad de expresión— en derecho positivo, lo que da origen a diferencias en el contenido de las dos normas que protegen el mismo derecho humano (Borowski, 2022: 375). Si bien pueden existir transformaciones que se consideren mejor que otras, una transformación deficiente no crea una relación de prelación respecto de otros intentos de transformación.⁴

Asimismo, esta teoría justifica el carácter moral intrínseco de los derechos fundamentales, el cual se funda en la dimensión del peso y abre la puerta a su ponderación en casos de colisión. La dimensión del peso tiene importantes repercusiones para el caso objeto de estudio de este trabajo. Algunos ordenamientos jurídicos pueden otorgar un mayor peso a otros derechos dentro del *orden objetivo de valores*⁵ que establece la Constitución o el tratado internacional. Esta importancia también se materializa en las restricciones que cada catálogo de derechos dispone para ciertos derechos. Por ejemplo, la mencionada prohibición al voto pasivo de los ministros de culto (conforme a art. 130 inciso d CPEUM) es producto de la moral positivizada en la Constitución mexicana. El peso otorgado a ciertos derechos y sus restricciones juegan un pa-

pel importante al momento de colisionar los derechos fundamentales nacionales e internacionales.

Con el fin de evitar confusiones con el concepto de “derecho humano” típicamente empleado para denominar a los derechos contenidos en los tratados internacionales, se empleará en adelante el concepto de “derecho fundamental internacional”. El uso de esta denominación atiende al hecho de que entre los derechos positivizados a nivel nacional e internacional no existen diferencias estructurales, sino solamente se diferencian en su fuente; por lo que se puede hablar de derechos fundamentales nacionales, internacionales y supranacionales (Borowski, 2022: 375).

3. La estructura del examen de los derechos fundamentales nacionales e internacionales

Al reconocerse que los derechos fundamentales nacionales e internacionales cuentan con la misma estructura y su única diferencia radica en la fuente en donde se llevó a cabo su transformación en derecho, es entonces posible establecer un examen de constitucionalidad aplicable a los dos. Por esta razón, en este trabajo se empleará el esquema de Intervención-Restricción para el estudio de la constitucionalidad de una norma o acto de autoridad.⁶ Este examen parte de la idea de que existe una diferencia entre lo que protege *prima facie* un derecho respecto de las razones que justifican su restricción.⁷ Este examen de control de la constitucionalidad cuenta con la ventaja de incorporar de manera adecuada el test de proporcionalidad como último eslabón de la etapa final. Este examen se divide generalmente en tres etapas: ámbito de protección, intervención y justificación constitucional.

Cada una de estas etapas tiene por finalidad revisar el caso concreto a luz de los derechos fundamentales en la Constitución. De este modo, en cada etapa se realiza una pregunta. En caso de que la respuesta sea afirmativa, se sigue con la siguiente etapa; si no, se da por concluido el examen y se declara la constitucionalidad de la ley o acto de autoridad. La racionalidad detrás de este examen consiste en que, aunque la Constitución ofrezca una protección *prima facie* a un derecho o una situación jurídica del afectado, la lesión ocasionada por la ley o el acto de autoridad pue-

⁴ En palabras de Martin Borowski: “Los derechos fundamentales son intentos de transformar los derechos humanos en derecho, pero estos no pierden su carácter como derechos fundamentales si tal intento falla” (Borowski, 2022: 375).

⁵ Sobre el concepto de *orden objetivo de valores*, véase, Mora-Sifuentes, 2021: 216-225.

⁶ Un desarrollo exhaustivo del esquema Intervención-Restricción puede verse en Borowski, 2022: 81-126.

⁷ Relativo a las teorías externas e internas de los derechos fundamentales, véase, Mateos Durán, 2019: 281-292.

La estructura de la ponderación convencionalizada. Criterios para el control judicial de la prisión preventiva oficiosa

de tener una justificación constitucional (restricción). A continuación, se describirá cada una de las etapas:

- a. **Ámbito de protección.** Por ámbito de protección se entiende lo que el derecho fundamental protege *prima facie*. En esta etapa se realizan las preguntas ¿quién? y ¿respecto a qué?, es decir, quién es el titular del derecho fundamental afectado y qué es lo que protege dicho derecho (Borowski, 2022: 82-90). La primera pregunta se refiere al ámbito de protección personal, mientras la segunda al ámbito de protección material.
- b. **Intervención.** Por intervención se refiere a la afectación o lesión ocasionada por la norma o acto de autoridad al derecho fundamental en cuestión. En esta etapa se comprueba si existe una afectación fáctica a los bienes o situaciones jurídicas protegidas por el derecho, o bien, dependiendo del sistema jurídico en cuestión, si la afectación cumple con ciertos requisitos para ser considerado como una intervención al derecho constitucional (Borowski, 2022: 90-91). Un elemento importante de la intervención recae en la intensidad de la lesión, es decir, entre mayor sea el grado de afectación al derecho fundamental del titular, mayor debe ser la justificación por parte del Estado y la certidumbre de la consecución del fin legítimo perseguido por la ley o acto de autoridad (Mateos Durán, 2021: 158-160). En este sentido, las afectaciones graves a los derechos fundamentales requieren una justificación, incluso cuando la intervención esté justificada por una reserva de ley.
- c. **Justificación constitucional (restricciones).** Cada afectación o lesión a los derechos fundamentales debe tener una justificación constitucional. Por restricción se entiende aquellas razones o justificaciones que niegan la protección constitucional a situaciones o bienes que son protegidos *prima facie* por el derecho en cuestión (Mateos Durán, 2020: 90). Las restricciones a los derechos fundamentales solo son posibles a través de normas constitucionales o normas secundarias que tengan un sustento constitucional. Aunque no existe una clasificación exhaustiva de las restricciones, generalmente las restricciones a los derechos

fundamentales están justificadas a través de una reserva de ley —que faculta al legislador a establecer un límite a ciertos derechos— o por la colisión con otros derechos o bienes constitucionales a través del test de proporcionalidad (Borowski, 2022: 94-100). En esta etapa del examen se realiza el test de proporcionalidad, ya que es aquí donde se examina si el legislador, al limitar el derecho fundamental a través de la ley buscó perseguir un fin legítimo que no estuviera prohibido por la Constitución y si el medio para alcanzar ese fin —a través de la restricción del derecho fundamental— es proporcional con el sistema constitucional.

- d. El esquema de Intervención-Restricción en el sistema constitucional mexicano. El esquema de Intervención-Restricción tiene su origen en el sistema constitucional alemán; por esta razón, este esquema es ideal para aplicar el test de proporcionalidad, con sus tres gradas, en la etapa de la justificación constitucional. Sin embargo, surge la pregunta de si este modelo es adecuado dentro del sistema jurídico mexicano. El test de proporcionalidad ha logrado encontrar un lugar dentro de la jurisprudencia del TEPJF y de la SCJN. En este punto vale pena dar un vistazo a la tesis de la primera sala de la SCJN 1^a. CCLXIII/2016 (10a):

El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas *prima facie* o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional.⁸

⁸ Tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915.



Lo anterior es, a grandes rasgos, una descripción del esquema Intervención-Restricción antes analizado. Por esta razón puede afirmarse que este esquema ya está presente en el sistema constitucional mexicano. De este modo, dicho examen es susceptible de ser aplicado a todos los derechos fundamentales de la Constitución, incluso a los derechos contenidos en los tratados internacionales con rango constitucional. Sin embargo, en este punto es necesario subrayar que, aunque los derechos fundamentales internacionales cuentan con la misma estructura que los derechos nacionales, el que estos derechos tengan una fuente distinta ocasiona que su redacción e incluso la interpretación de los tribunales internacionales y nacionales sea diferente. Como ya se mencionó, al ser los derechos fundamentales un intento de la transformación de derechos humanos en derecho positivo, cada catálogo de derechos fundamentales puede presentar diferencias. Lo anterior es problemático cuando normas que regulan el mismo derecho presentan incongruencias respecto de lo que protegen o de sus restricciones, y mucho más complejo es el caso en el que dos derechos entran en colisión y detrás de estos dos derechos existe una variedad de normas aplicables de distintos catálogos.

De este modo, antes de emplear el esquema de Intervención-Restricción a los derechos fundamentales nacionales e internacionales debemos encontrar una regla que dé solución a las antinomias en el sistema constitucional mexicano o elegir un modelo dogmático que permita explicar la dinámica entre las distintas normas de derechos fundamentales nacionales e internacionales. Dicha solución tiene que ser aplicable a cualquier caso que deba ser resuelto por los operadores jurídicos.

4. Los límites del principio *pro persona* o *pro homine*

La relación entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales es compleja a nivel internacional. Dicha complejidad es incluso mayor a nivel nacional, puesto que los operadores jurídicos y órganos del Estado están obligados a aplicar los derechos fundamentales internacionales incorporados al sistema jurídico nacional. Para estos, existe una exigencia constitucional de ofrecer resultados conforme a la Constitución, al momento de aplicar todo tipo de

derechos fundamentales. En la medida que la Constitución no contenga una regla para resolver las antinomias entre derechos nacionales e internacionales, se presume que los jueces y autoridades nacionales deben buscar armonizar las relaciones entre normas con un mismo rango, pero de diferente fuente.

Muchas veces se ha citado el principio *pro persona* o *pro homine* como una posible regla para solucionar las antinomias ocasionadas por las diferencias entre derechos fundamentales nacionales e internacionales. Este principio está reconocido en el artículo 1, párr. 2 de la CPEUM. De acuerdo con este principio, se debe elegir la interpretación que ofrezca mayor protección o sea la más benéfica de todas las disponibles. Dicho principio supondría que en el caso de existir una contradicción entre el derecho fundamental nacional e internacional se debe elegir aquella norma que ofrezca la mayor protección. Este principio tendría como finalidad resolver las situaciones en donde dos normas concurrentes —en este caso, un derecho fundamental nacional y uno internacional— protejan el mismo derecho. No obstante, en este apartado se demostrará que, incluso en los casos de concurrencia entre derechos fundamentales nacionales e internacionales, este principio no logra resolver las complejas tensiones derivadas de estos dos intentos de transformación de un derecho moral.

El primer problema del principio *pro persona* lo encontramos en los casos de colisión entre dos derechos fundamentales distintos. En estos casos, tenemos dos derechos que son aplicables al caso concreto, en el cual la satisfacción de uno implica necesariamente la inaplicación del otro (Alexy, 1994: 79 y ss.). En esta relación la optimización de la protección de uno de los derechos conduce al menoscabo de otro, es decir, un “más” en la protección de un derecho se traduce en un “menos” en la protección de otro (Mückl, 2005).⁹ Lo anterior es solamente para describir el límite general del principio *pro persona* en las situaciones de colisión entre derechos. Sin embargo, la situación se vuelve más compleja cuando entran en escena los derechos fundamentales internacionales (Grabewarter, 2002: 1141; Lübbe Wolff, 2010: 196). En estos casos puede darse la situación de que el producto de la ponderación realizada a partir del parámetro de la Constitución sea distinto al realizado a partir del

⁹ Véase también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 128, 326 (p. 371).

tratado internacional. En otras palabras, la protección ofrecida para el derecho *A* en el sistema constitucional nacional es mayor que la protección internacional y, por ende, congruente con el principio *pro persona*; pero la protección ofrecida por el parámetro convencional para el derecho *B* es mayor que la nacional, por lo que tendría que elegirse sobre la nacional. En una situación de colisión entre *A* y *B*, el principio *pro persona* no puede resolver esta antinomia. Esta situación es descrita a continuación Martin Borowski:

Por ejemplo, puede existir una colisión entre la libertad de expresión, por un lado (derecho constitucional 1), y el derecho a la privacidad (derecho constitucional 2), por el otro. Primero, asumamos que, en el marco de los derechos constitucionales, la libertad de expresión tiene prelación respecto del derecho a la privacidad. En el nivel de protección internacional de los derechos fundamentales incorporados también existe una colisión entre la libertad de expresión (derecho fundamental internacional incorporado 1) y el derecho a la privacidad (derecho internacional incorporado 2). Segundo, supongamos aun más, que en este marco el derecho a la privacidad tiene prelación respecto de la libertad de expresión. En tales casos existe una genuina colisión entre los dos niveles —ambos niveles disponen un resultado diferente en el mismo caso—. No se puede decir que un nivel de protección garantiza más protección o una “mayor protección”, comparado con el otro —ambos ofrecen diferentes formas de protección—. (Borowski, 2018b: 385. Trad. Libre)

Las colisiones entre derechos fundamentales no constituyen el único límite del principio *pro persona*, ya que en los casos de concurrencia entre derechos fundamentales nacionales e internacionales tampoco el principio *pro persona* ofrece alguna solución a los problemas intrínsecos derivados de estos casos. Lo anterior se puede explicar si seguimos la estructura del esquema de Intervención-Restricción. Por ejemplo, en las etapas de ámbito de protección e intervención el principio *pro persona* no tendría ningún problema. El emplear el principio *pro persona* implicaría ampliar el ámbito personal y material del derecho fundamental, mientras que se reducirían los criterios para calificar una norma o acto de autoridad como una intervención al derecho. El verdadero reto lo encontramos en la etapa de la justificación constitucional,

es decir, las restricciones. Podría considerarse que eliminar las restricciones conforme al principio *pro persona* daría como resultado el optimizar la protección del derecho en cuestión. Sin embargo, detrás de varias restricciones constitucionales existen derechos y bienes de rango constitucional que están protegidos por dichas restricciones —recordemos el principio del Estado laico detrás de la restricción al voto pasivo de los ministros de culto o las restricciones a libertad de expresión contenidas en el artículo 6, párr. 1 de la CPEUM—, por lo que eliminar la restricción representaría un menoscabo para estos principios con rango constitucional, situación que es similar a la sucedida con la colisión entre derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 252).

Por estas razones, el principio *pro persona* no es una herramienta adecuada para resolver las tensiones y contradicciones entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales. Por consiguiente, es necesario desarrollar modelos dogmáticos que puedan ofrecer una solución a las tensiones y contradicciones entre derechos fundamentales de distinta fuente.

5. Los modelos dogmáticos para explicar la relación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales

La Constitución mexicana no ofrece en sus disposiciones una regla de solución de antinomias que pueda resolver las contradicciones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales, y el principio *pro persona* tampoco representa una solución. Debido a esto, es necesario desarrollar modelos dogmáticos que permitan explicar la relación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales.

Es así que, a continuación, se presentarán tres modelos dogmáticos que tienen por finalidad explicar la forma en la cual los derechos de distinta fuente pueden ser aplicados dentro del ordenamiento constitucional nacional.¹⁰ En el marco de este trabajo no

¹⁰ Estos modelos dogmáticos fueron desarrollados a partir del estudio de cuatro ordenamientos constitucionales —Alemania, Austria, México y Suiza—, en los cuáles para su elección se consideraron los siguientes criterios: 1) el sistema jurídico ha incorporado derechos fundamentales internacionales; 2) los derechos fundamentales internacionales incorporados son parámetro de control de los actos del gobierno; 3) el ordenamiento jurídico permite el uso del test de proporcionalidad como una herramienta para resolver las colisiones entre derechos fundamentales; 5) el sistema jurídico reconoce la vinculación de la sentencias emanadas de un tribunal

es posible desarrollar de manera completa cada uno de los siguientes modelos, sin embargo, se describirán las características esenciales de cada uno.¹¹ Cada modelo tiene por objetivo resolver las situaciones de contradicción entre la esferas de protección nacional e internacional. Si bien los modelos a continuación pretenden resolver los problemas a nivel nacional, no se descarta que estos modelos sean aplicados por los tribunales internacionales, solamente que la fuerza vinculatoria de la Constitución nacional sería más débil, puesto que el único parámetro de control del tribunal internacional constituiría el tratado internacional correspondiente —en el caso de los tribunales internacionales regionales, la CADH y el CEDH—. ¹²

Los modelos dogmáticos para explicar la relación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales son los siguientes: a) el modelo de prelación o preferencial; b) el modelo del derecho fundamental híbrido, y c) el modelo del examen paralelo de derechos fundamentales. Cada uno de estos modelos tiene una forma particular de abordar el problema de las contradicciones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales. Asimismo, cada uno presenta ventajas y desventajas, pues cada cual hace énfasis en un aspecto relativo al estudio de los derechos fundamentales. De estos tres modelos se elegirá uno como base para aplicarlo al sistema constitucional mexicano.

5.1 El modelo de prelación o preferencial

En este modelo dogmático se establece una regla de prelación o preferencia respecto de una de las esferas de protección de los derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 246-247). Esto quiere decir que en el caso de una contradicción entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales, en cualquier etapa del examen de Intervención-Restricción, se dará prioridad a la esfera de protección elegida, sea la

internacional de derechos humanos, y 6) el sistema jurídico cuenta con una forma de gobierno democrática en la cual el legislador puede justificar restricciones a los derechos fundamentales a través de la ley. En qué medida estos modelos son aplicables a otros ordenamientos jurídicos depende de si cumplen con los criterios antes señalados en cierto grado. Sobre estos criterios y el estudio de estos ordenamientos jurídicos véase, Mateos Durán, 2023: 172-223.

¹¹ Un desarrollo completo de estos modelos puede encontrarse en Mateos Durán, 2023: 244-271.

¹² Esta situación es distinta a nivel nacional, puesto que la incorporación del tratado internacional al sistema jurídico vuelve a todas las disposiciones del tratado derecho vinculante para todas las autoridades y órganos del Estado.

nacional o la internacional. Sin embargo, en las etapas de ámbito de protección y de intervención, estas contradicciones suceden de manera menos frecuente, porque el efecto de los derechos internacionales incorporados al sistema nacional tiende generalmente a ampliar el ámbito de protección y disminuir los criterios para considerar un acto estatal como lesión a los derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 247). El verdadero problema surge al momento de justificar las restricciones a los derechos fundamentales —etapa de la justificación constitucional— fundadas en distintos catálogos de derechos fundamentales. Este modelo tiene por objetivo evitar en gran medida las contradicciones dentro del sistema constitucional nacional, pues al elegirse una de las dos esferas como la prioritaria, se evitan las contradicciones dentro del sistema jurídico. De ese modo, tal modelo busca *proteger la unidad de todo el sistema jurídico*. Este modelo presenta dos variantes: el modelo de prelación estricto y el modelo de prelación relativo.

5.1.2 El modelo de prelación estricta

De acuerdo con esta variante, la prioridad o preferencia es absoluta, lo que implica que al momento de presentarse una contradicción en alguna etapa del esquema de Intervención-Restricción, se dará prioridad a la esfera de protección elegida, sea la nacional o la internacional (Mateos Durán, 2023: 248). Esta variante del modelo de prelación o preferencial es similar al criterio sustentado por la SCJN en la CT 293/2011, al otorgar superioridad a las restricciones contenidas en la Constitución respecto de los tratados, establece una regla de prioridad en la etapa de las restricciones. Como se mencionó anteriormente, la etapa de las restricciones constituye el principal problema derivado de aplicar derechos fundamentales nacionales e internacionales.

5.1.3 El modelo de prelación relativa

Conforme a esta variante del modelo la prelación, la prioridad de alguna de las dos esferas de protección, nacional e internacional, tendrá lugar cuando se cumplan ciertos requisitos (Mateos Durán, 2023: 249). Es aquí cuando surge la cuestión respecto a cuáles requisitos justificarían dicha prioridad. En tanto la Constitución no establezca una regla de solución de antino-

mias entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales, y debido al rango constitucional de todos los derechos fundamentales nacionales e internacionales, la única justificación posible es través de una ponderación (dentro del test de proporcionalidad).

5.1.3 Las desventajas del modelo de prelación o preferencial

El principal problema de este modelo se encuentra en la justificación misma de la prioridad de una de las dos esferas. En la medida que la Constitución no establezca una regla de solución de antinomias, cualquier restricción a los derechos fundamentales, sin un sustento constitucional o al menos con un rango constitucional, es inviable. Este problema es más aparente en la variante estricta —y, sobre todo, para los derechos fundamentales internacionales con rango constitucional—. Por un lado, si se elige otorgar prioridad a las restricciones nacionales sin un sustento constitucional, se termina convirtiendo a los derechos fundamentales incorporados en normas constitucionales de segunda clase; por el otro, criterios como el establecido por la CT 293/2011 conducirían frecuentemente a tensiones con la esfera internacional, debido a la inaplicación automática de la protección contenida de los tratados internacionales de derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 248-249). Por su parte, otorgar prioridad absoluta a los tratados internacionales de derechos fundamentales, sin una justificación constitucional, tendría como consecuencia que la Constitución pierda su supremacía dentro del ordenamiento nacional. Respecto a la variante relativa, el problema se encontraría en las características de la ponderación, pues supondría la necesidad de realizar una metaponderación de las dos esferas de protección, lo que acercaría a esta variante al modelo del examen paralelo de derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 249).

5.2 El modelo del derecho fundamental híbrido

En el modelo del derecho fundamental híbrido se crea un derecho “híbrido” a partir de todos los intentos de transformación del mismo derecho humano. En este sentido, a partir del “amalgamiento” de las diferentes normas nacionales e internacionales que regulen

el mismo derecho, se crea un derecho fundamental único (híbrido) que servirá de parámetro de control de la norma o acto de autoridad sujeta a control constitucional (Mateos Durán, 2023: 253). Este modelo tiene por objetivo establecer *la protección más amplia posible* ofrecida por los catálogos de fuente nacional e internacional dentro del ordenamiento constitucional (Mateos Durán, 2023: 254). Esto quiere decir que en la construcción del derecho se observarán todos los criterios ofrecidos por los derechos fundamentales nacionales e internacionales. A diferencia del principio *pro persona*, en el derecho fundamental híbrido se considerarán todas las restricciones o razones de restricción contenidas en los diferentes intentos de transformación como parte del derecho híbrido (Mateos Durán, 2023: 258-259). Sin embargo, como se verá más adelante, este derecho híbrido es congruente con el principio *pro persona* debido a que en la construcción de este derecho híbrido es necesario adoptar una teoría del supuesto de hecho amplio,¹³ lo que quiere decir que se ampliarán los parámetros del derecho fundamental en cuestión a partir de las normas y jurisprudencias aplicables.¹⁴ La hibridación/amalgamiento tiene lugar en cada una de las etapas del examen de Intervención-R restricción. Aunque este modelo tiene mayor sentido en los sistemas jurídicos nacionales en donde los derechos fundamentales internacionales tienen el mismo rango que los derechos constitucionales, esto no implica que no pueda aplicarse a otros sistemas que otorguen a los derechos fundamentales incorporados un rango inferior a la Constitución,¹⁵ en estos casos, el peso de las razones a favor y en contra de la aplicación de un derecho, dentro de la ponderación será afectado por el rango de la norma. En el marco de este trabajo no es posible describir todas las características de este modelo, pero se delinearán los elementos esenciales que pueden ser aplicados al sistema constitucional mexicano.

¹³ Relativo a la teoría del supuesto de hecho amplio, véase Alexy, 290-299; Borowski, 2022, 92-93.

¹⁴ La construcción del derecho fundamental híbrido considerará la jurisprudencia nacional e internacional del derecho en cuestión, pero su verdadero peso se estudiará en la etapa de las restricciones (justificación).

¹⁵ Por ejemplo, el sistema constitucional alemán en el cual los tratados internacionales —incluido el CEDH— tienen el rango de normas parlamentarias (Grabenwarter/Pabel, 2021: 20).

5.2.1 El ámbito de protección del derecho fundamental híbrido

Como ya se mencionó, el ámbito de protección del derecho fundamental híbrido se construirá a partir de los derechos fundamentales nacionales e internacionales correspondientes. Conforme a la teoría del supuesto de hecho amplio, la construcción del ámbito de protección personal y material tomará como parámetro la mayor protección ofrecida por los diferentes derechos fundamentales que garantizan el derecho humano. En el caso del ámbito de protección personal, se considerará la protección más amplia posible de los requisitos para ser portador del derecho en cuestión. Es decir, se elegirá la norma que establezca menores requisitos para ser portador del derecho o que amplíe el número de portadores.¹⁶ Del mismo modo, para el ámbito de protección material se considerará como parte de la protección el contenido más amplio ofrecido por los derechos fundamentales nacionales e internacionales. La ampliación del ámbito de protección y material no implica que la protección constitucional sea definitiva, ya que pueden existir razones que justifiquen que la protección *prima facie* ofrecida por los derechos fundamentales nacionales e internacionales tenga que ceder frente a otras razones.

5.2.2 Las intervenciones en el derecho fundamental híbrido

Al preferirse la teoría del supuesto de hecho amplio en el modelo del derecho fundamental híbrido —al igual que en el ámbito de protección— produce como consecuencia que para la calificación de un norma o acto de autoridad como una “intervención” o “lesión” se tendrán en cuenta como criterios de calificación los elementos ofrecidos por la norma con menores requisitos (Mateos Durán, 2023: 257-258). Al igual que en el esquema Intervención-Restricción de los derechos

fundamentales nacionales (Mateos Durán, 2020: 169-170), la intensidad de la intervención al derecho fundamental híbrido será importante durante la ponderación de este derecho frente a otros derechos o bienes constitucionales.

5.2.3 La justificación de las restricciones del derecho fundamental híbrido

En esta etapa existen diferentes factores que pueden afectar el peso de las razones que justifican la restricción de un derecho fundamental híbrido. Como primer paso, adoptar la teoría del supuesto de hecho amplio en las dos etapas pasadas implica que las restricciones del derecho fundamental híbrido deben entenderse de manera amplia.¹⁷ En este sentido, se considerarán como restricciones al derecho fundamental híbrido todas aquellas limitantes establecidas en el contenido normativo de los derechos fundamentales nacionales e internacionales que dan origen al derecho fundamental híbrido, así como otros derechos —incluidos otros derechos fundamentales híbridos— o bienes constitucionales en colisión (Mateos Durán, 2023: 260).

Esta consideración amplia de las restricciones tiene efectos importantes en los sistemas jurídicos en donde los derechos fundamentales internacionales tienen rango constitucional, porque la incorporación de los derechos fundamentales internacionales a la Constitución conduce necesariamente a una relativización de las restricciones absolutas (Mateos Durán, 2023: 260).¹⁸ Al incorporarse derechos fundamentales internacionales a la Constitución sin establecer una regla de solución de antinomias en los casos de colisión, se presume que el constituyente exige la observancia de todos los derechos fundamentales —nacionales e internacionales— y bienes de rango constitucional

¹⁶ Aquí hay que señalar que tal vez un derecho fundamental reduce el número de portadores a un criterio específico —supongamos, para “nacionales del país” o “ciudadanos”—, mientras que otro derecho fundamental aplicable dispone que el disfrute corresponde a todas las personas. En esta situación, se elegirá para la construcción del derecho fundamental híbrido el derecho con el criterio más amplio de portadores. No obstante, las razones que justifican el criterio más estrecho —“ciudadanía”, “nacionalidad”, “ministro de culto”, etc.— serán razones durante la etapa de las restricciones para negar la protección *prima facie* ofrecida por el derecho fundamental híbrido.

¹⁷ Esta situación es explicada por Martin Borowski: “Un supuesto de hecho amplio no es adecuado para un entendimiento estrecho de la justificación constitucional, porque esto da prioridad a los intereses de los derechos fundamentales frente a razones legítimas de restricción. Un supuesto de hecho estrecho con un amplio entendimiento de la justificación constitucional, por el contrario, da prioridad a las razones de restricción frente a los intereses de los derechos fundamentales. Por ello, es solamente plausible, el interpretar ambas de manera estrecha o de manera amplia” (Borowski, 2022: 92).

¹⁸ Este criterio no implica que en ordenamientos jurídicos en los que los derechos fundamentales internacionales no cuenten con rango constitucional no suceda un debilitamiento de la regla de antinomia *lex superior*, véase, Kunz, 2020, 189.

(Mateos Durán, 2023: 260). En este sentido, para los operadores jurídicos existe una exigencia constitucional de armonizar las disposiciones constitucionales —incluidos los derechos fundamentales internacionales con rango constitucional—. Por esta razón, las restricciones contenidas en la Constitución y en los catálogos de derechos fundamentales incorporados pueden ceder ante razones de rango constitucional a través del test de proporcionalidad (Mateos Durán, 2023: 260-261). Lo anterior no implica que las restricciones absolutas pierdan la fuerza que el constituyente les otorgó, ya que, dentro de la ponderación frente a otros derechos y bienes constitucionales, la fuerte protección dispuesta por la Constitución se materializa en un importante peso dentro de la ponderación; lo que conlleva una gran carga argumentativa a fin de justificar la inaplicación de la restricción absoluta (Mateos Durán, 2023: 260).

5.2.4 Las desventajas del modelo del derecho fundamental híbrido

El modelo del derecho fundamental híbrido ofrece interesantes oportunidades, al considerar todas las razones a favor y en contra de la protección de un derecho dentro del ordenamiento jurídico. Un problema importante de este modelo se encuentra en la posibilidad de reducir el papel del legislador nacional con el aumento de la intensidad del control jurisdiccional. La relativización de las restricciones absolutas puede materializarse en un aumento del parámetro de control constitucional del juez de control, lo que podría reducir el margen de discrecionalidad del legislador democrático con un control jurisdiccional intenso. Sin embargo, esto puede solucionarse al incorporarse principios formales dentro de la ponderación. Gracias a los principios formales, se puede considerar dentro de la ponderación no solo la voluntad del legislador, sino también la influencia y los efectos de la jurisprudencia internacional. No obstante, la incorporación de estos principios exige un replanteamiento de la ponderación a nivel nacional.

5.3 El modelo del examen paralelo de los derechos fundamentales

En este modelo se realizan exámenes paralelos de control, cada uno a partir de los parámetros existentes en la esfera nacional e internacional de los derechos

fundamentales —es decir, de manera paralela un examen de control de constitucionalidad y uno de convencionalidad— (Mateos Durán, 2023: 266).¹⁹ De esta forma, se analiza de manera paralela el caso concreto a partir de las normas y la jurisprudencia ofrecidas por cada esfera de protección y a partir de estos exámenes paralelos se obtienen resultados conforme a los criterios establecidos por estas. El resultado de los exámenes paralelos puede conducir a dos situaciones. En la primera, los dos exámenes llegan al mismo resultado; en otras palabras, la norma o acto de autoridad sujeta a control es inconstitucional e inconvencional, o, dado el caso, la norma o acto de autoridad es constitucional y convencional. En estos resultados, la validez o invalidez de la norma es justificada por las dos esferas de protección. En el segundo caso, los resultados de los dos exámenes son contradictorios, en otras palabras, la norma o acto de autoridad es constitucional, pero inconvencional, o viceversa. En esta situación, se realiza una ponderación de las dos esferas de protección para determinar cuál resultado debe prevalecer en casos futuros con las mismas características del caso concreto. En esta ponderación, se presentan los argumentos a favor o en contra de dar prelación en el caso concreto a una de las dos esferas de protección, es decir, se realiza una metaponderación de los resultados contradictorios (Mateos Durán, 2023: 267-268).²⁰

El modelo del examen paralelo tiene como objetivo evitar las posibles contradicciones existentes entre las esferas de protección —nacional, internacional y supranacional— aplicables en el sistema jurídico (Mateos Durán, 2023: 267). Los exámenes de control siguen las etapas del esquema de Intervención-Restricción y cada etapa se estudia de manera paralela conforme a la Constitución o el catálogo internacional de derechos fundamentales aplicable —por ejemplo, la CADH—. En este sentido, el resultado de cada examen puede ser el producto de la ponderación del derecho afectado frente a otro derecho dentro de la esfera de protección en cuestión (Mateos Durán, 2023: 270). Este modelo evita en gran medida que las incongruencias existentes entre los diferentes derechos fundamentales nacionales e internacionales afecten el

¹⁹ En el caso de los derechos fundamentales supranacionales, el número puede ser de tres, es decir, un examen para cada esfera de protección aplicable —nacional, internacional y supranacional—.

²⁰ Este modelo tiene una gran similitud con el modelo de principios formales propuesto por Jan Sieckmann. Sobre este modelo, véase, Sieckmann, 2018, 203 y ss.

examen de control y, además, subraya las semejanzas y diferencias entre las dos esferas de protección.

Los retos dentro de este modelo son variados y no pueden ser desarrollados en este espacio.²¹ No obstante, una crítica importante a este modelo se encuentra en las características de la metaponderación de las dos esferas de protección. Si en la metaponderación solamente se utilizan argumentos relativos a la competencia y legitimidad del control jurisdiccional de las dos esferas de protección, entonces, se dejaría de lado la afectación al derecho fundamental —nacional o internacional— en cuestión. Esto tendría consecuencias importantes porque se daría más importancia a cuál de las dos jurisdicciones le corresponde la última palabra, en lugar de enfocarse en cuál esfera de protección ofrece la mayor protección en el caso concreto. Sin embargo, si la afectación al derecho fundamental —como un criterio material— es parte de la ponderación entre las dos esferas de protección, entonces, los exámenes paralelos previos no tendrían sentido y se perderían en parte las ventajas ofrecidas por este modelo (Mateos Durán, 2023: 270).

5.4 El modelo dogmático a elegir

De entre los diversos modelos dogmáticos antes presentados, se elegirá el modelo del derecho fundamental híbrido como base de la ponderación convencionalizada. La razón de esta decisión descansa en las ventajas ofrecidas por este modelo, sobre todo, en los ordenamientos jurídicos que otorgan un rango constitucional a los derechos fundamentales internacionales. Si bien la posible relativización de las restricciones constitucionales puede dar origen a un menoscabo del margen de discrecionalidad del legislador, dicho margen puede respetarse al momento de ponderar los derechos fundamentales nacionales e internacionales.

6. La ponderación convencionalizada

A partir de los modelos antes mencionados es visible la necesidad de emplear el test de proporcionalidad —en particular, la grada proporcionalidad en sentido estricto o ponderación— como una herramienta para justificar la restricción de los derechos fundamentales nacionales e internacionales. Lo anterior no es algo

fuera de lo común, pues varios tribunales constitucionales resuelven las contradicciones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales a través de ponderaciones (Kunz, 2020: 191). Sin embargo, la primera pregunta que surge se formularía de la siguiente manera: ¿es distinta la ponderación entre derechos fundamentales nacionales e internacionales? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué estructura posee este tipo de ponderación?

Respecto de la primera pregunta, la respuesta es afirmativa. La ponderación entre derechos fundamentales nacionales parte de la idea de que existen una serie de principios y valores establecidos en el sistema constitucional que afectan la interpretación y aplicación de todas las normas del sistema jurídico. Un elemento importante en este entramado jurídico es el papel del legislador nacional quien, a partir de la reserva de ley o con base en un fin legítimo constitucional, puede establecer restricciones a los derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso de los derechos fundamentales internacionales, estos tienen su origen fuera del sistema constitucional y el legislador nacional solo participa de manera indirecta (ratificación del tratado) en el proceso de su incorporación. Asimismo, al existir un tribunal u órgano de control internacional, el parámetro de control e interpretación de los derechos fundamentales internacionales no es la Constitución del país en cuestión, sino el tratado internacional. Las sentencias internacionales tienen un efecto importante en el legislador nacional, puesto que las obligaciones internacionales vinculan a todo el Estado y sus órganos, entre ellos, el legislador mismo (Kälin/Künzli, 2019: 84). Es así que las sentencias internacionales pueden representar límites al margen de discrecionalidad del legislador. El margen de discrecionalidad del legislador se ve reducido cuando el parámetro internacional prohíbe ciertos fines legítimos que el legislador puede perseguir dentro del ordenamiento jurídico con el fin evitar responsabilidad internacional. Además, si tenemos en cuenta la teoría de la transformación de los derechos humanos en derechos fundamentales, pueden existir varias normas jurídicas que protegen el mismo derecho humano. No obstante, la positivización de un derecho moral puede estar influenciada por el contexto en el que tuvo origen (nacional o internacional), dando origen a diferencias que en la mayoría de los casos se materializan en diferentes

²¹ Sobre todos los retos existentes en este modelo, véase, Mateos Durán.

restricciones. La complejidad derivada de las incongruencias entre los derechos fundamentales nacionales e internacionales hace necesario el adecuar la ponderación nacional a este tipo de relaciones.

Para responder a la segunda pregunta es necesario dar un vistazo a las características de la ponderación entre derechos fundamentales nacionales. Lo anterior, con la finalidad de señalar los cambios que son necesarios para adecuar la ponderación a las colisiones entre derechos fundamentales nacionales e internacionales.

6.1 La estructura de la ponderación entre derechos fundamentales nacionales

En atención al carácter de los principios, detrás de varios derechos fundamentales nacionales e internacionales y al uso de la teoría de la transformación postulada por Robert Alexy, en este trabajo se empleará como base de la ponderación convencionalizada la fórmula del peso desarrollada por el mismo autor. Esta “fórmula del peso” parte de dos leyes importantes:

La primera (la ley material de la ponderación) señala:

Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. (Alexy, 1994: 146; Nava Tovar, 2020:125)

Por su parte, la segunda (la ley de la ponderación epistémica) dispone:

Cuanto más intensa es una intervención en un derecho fundamental, mayor debe ser la certidumbre de las premisas detrás de ésta. (Borowski, 2018: 127)

Las dos leyes se materializan en la siguiente fórmula del peso:

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i}{I_j \cdot P_j \cdot F_j}$$

| |
|---|
| <p>PR_{ij}: Peso relativo I_i: Intensidad de la intervención en Pi I_j: Intensidad de los efectos negativos por la omisión de la intervención en Pi P_i y P_j: Pesos abstractos de los principios F_i y F_j: Certeza o fiabilidad de las premisas</p> |
|---|

La fórmula del peso tiene por objetivo atender aquellos aspectos relevantes dentro de la ponderación de los principios en colisión. Para determinar el peso de los valores, Alexy propone una doble escala triádica para asignar los valores de la ponderación (Alexy, 2021: 171-172).²² Si el peso relativo del principio “i” y el principio “j” es mayor que 1, entonces, el principio “i” tiene prelación sobre el principio “j”. En cambio, si es menor a 1, entonces el principio “j” tiene prioridad sobre el principio “i”. En caso de empate, existe “discrecionalidad en la ponderación” (Alexy, 2021: 172; Borowski, 2022: 333).

La fórmula del peso desarrollada por Alexy constituye una herramienta útil a nivel nacional para resolver las colisiones entre los derechos de la Constitución. Sin embargo, esta fórmula no contempla el efecto del derecho internacional en el derecho nacional, particularmente el efecto de los precedentes internacionales dentro de la ponderación nacional y, sobre todo, sus efectos en el margen de discrecionalidad del legislador nacional. Estos dos elementos hacen necesario el plantear ciertas modificaciones a la fórmula del peso.

6.2 La vinculación de las decisiones del legislador democrático nacional

El legislador nacional constituye generalmente el órgano con mayor legitimidad democrática en las de-

²² Relativo a estos valores, Borowski explica a continuación la doble escala triádica usada por Alexy: “[Alexy] propone la escala triádica, la cual distingue solamente tres valores, ‘ligero’ (l), moderado (m), y ‘serio’ (s). En contextos en donde una escala más fina es posible, la escala triádica puede ser extendida a una doble escala triádica. Esto conduce a la distinción de nueve valores, ‘ligero-ligero’ (ll), ‘ligero-moderado’ (lm), ‘ligero serio’ (ls), ‘moderado ligero’ (ml), ‘moderado-moderado’ (mm), ‘moderato-serio’ (lm), ‘serio-ligero’ (sl), ‘serio-serio’ (ss)”. (Borowski, 2022: 330)”. Respecto a los valores numéricos de estos valores en la ponderación, Borowski señala lo siguiente: “Los valores en la fórmula del peso son expresados como valores de una secuencia geométrica en lugar de una secuencia aritmética. Mientras que una secuencia aritmética para la escala triádica sería 1, 2, 3, y para la escala triádica doble 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, la secuencia geométrica para la escala triádica es 20, 21, 22 (1 - 2 - 4) y para la escala triádica doble 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 (1 - 2 - 4 - 8 - 16 - 32 - 64 - 128 - 256). Esto merece una reconstrucción del peso desproporcionalmente creciente por el incremento de la no satisfacción de los principios. Los valores de “Ii”, “Ij”, [“Pi”] y [“Pj”], son expresados en estas secuencias geométricas. El incrementar la no satisfacción y el peso abstracto implica incrementar el peso del principio relevante. Esto ha llevado a Alexy a emplear una escala geométrica algo diferente para [“Fi”] y [“Fj”], a saber, 20, 2-1 y 2-2 (1 - 0,5 - 0,25) para la escala triádica”. (Borowski, 2022: 331).

mocracias constitucionales. A nivel constitucional, la función del legislador tiene prioridad debido a los principios de legalidad y de Estado de derecho, conforme a los cuales toda la actividad estatal debe estar fundada en la ley, la cual, por su parte, debe ser conforme con la Constitución. Esta importancia también se ve reflejada en las distintas disposiciones de los derechos fundamentales que contienen una reserva de ley. Dicha reserva de ley no es exclusiva de los catálogos nacionales, sino también los catálogos internacionales que reconocen a la ley como una herramienta para regular o limitar derechos fundamentales. El problema de las obligaciones internacionales emanadas de los tratados es que también vinculan al legislador (Kälin/Künzli, 2019: 84). Esta situación puede acarrear tensiones dentro del ordenamiento constitucional (Vasel, 2017: 166-168). Lo anterior no es exclusivo de un sistema jurídico en particular. Por ejemplo, en Alemania, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha reconocido en la sentencia “treaty override”²³ que el derecho internacional no puede reducir de manera intensa el margen de discrecionalidad del legislador²⁴ y, en el caso de los derechos fundamentales internacionales incorporados, el legislador puede de manera excepcional no acatar el derecho internacional en la medida que se evite una lesión a la ley fundamental²⁵ —aquí vale la pena señalar que el CEDH tiene en el ordenamiento alemán un rango infraconstitucional—. En Suiza, la “praxis-Schubert” justifica que el legislador desatienda las obligaciones internacionales cuando la voluntad del legislador vaya encaminada a no acatar un tratado; sin embargo, esta posición todavía no es clara respecto de los derechos del CEDH (véase, Baumann, 2010).

Estos casos demuestran la importancia del legislador dentro del ordenamiento constitucional, incluso en la aplicación del derecho internacional. Del mismo modo, el principio democrático exige que el operador jurídico respete las ponderaciones realizadas por el legislador, las cuales se materializan en las leyes que tienen por objeto limitar los derechos fundamentales con el fin de alcanzar ciertos fines legítimos. En este sentido, la ponderación convencionalizada debe considerar el papel relevante del legislador, sobre todo

cuando la restricción a un derecho fundamental está justificada a través de la ley.

6.3 La vinculación de los precedentes internacionales

Por virtud del efecto de vinculación derivado del principio *pacta sunt servanda*,²⁶ las sentencias de los tribunales internacionales —en los casos donde el Estado se encuentra bajo la jurisdicción de un tribunal internacional— tienen una importante repercusión en las obligaciones internacionales emanadas del tratado internacional de derechos fundamentales. Por un lado, estas sentencias pueden fincar responsabilidad internacional al Estado parte por lesiones al tratado internacional, y, por el otro, establecen los criterios de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales internacionales contenidos en el tratado. Los Estados parte buscan evitar colisiones con la esfera internacional, por lo que intentan reducir las contradicciones entre la normativa nacional e internacional al otorgar un rango superior a los tratados. Del mismo modo, la jurisprudencia de los tribunales internacionales recibe generalmente un reconocimiento por parte de la jurisdicción nacional como guía para aplicar los derechos fundamentales internacionales.²⁷ La intensidad de la vinculación del derecho internacional aumenta en los casos en donde el Estado parte es condenado por el tribunal internacional. Esto implicaría que en los instrumentos internacionales que no cuenten con un órgano internacional de control el peso del principio formal será menor respecto de los tratados con una jurisdicción internacional. Estos elementos tienen que ser considerados dentro de la ponderación convencionalizada.

²³ BVerfGE 141, 1.

²⁴ BVerfGE 141, 1 (pp. 21 y ss.).

²⁵ BVerfGE 111, 307 (p. 371); BVerfGE 148, 296 (p. 350).

²⁶ Aunque recibe el nombre de “principio”, autores como Jo-chen Rauber consideran que la naturaleza del *pacta sunt servanda* es más bien el de una regla que exige el cumplimiento del tratado. No obstante, dicha regla otorga un margen de discrecionalidad al Estado en la forma que implementará sus obligaciones internacionales (Rauber, 2018: 209). En este sentido, más que principio que pueda ser ponderado frente a otros —por ejemplo, el principio democrático o la soberanía nacional—, *pacta sunt servanda* funge más como una razón a favor de la aplicación de la ponderación internacional (Mateos Durán, 2023: 231)

²⁷ Los anterior puede verse en los criterios relativos a la vinculación de la jurisprudencia de la CIDH en la CT 293/2011.

6.4 La reconstrucción del margen de discrecionalidad del legislador y el efecto de la jurisprudencia internacional a través de los principios formales

Los principios formales exigen la vinculación al resultado de decisiones pasadas (Sieckmann, 2018: 188-189; Borowski, 2019b: 91 y ss.). A diferencia de los principios materiales, los cuales se refieren a objetos de optimización, los principios formales determinan la importancia del cumplimiento de decisiones autoritativas emitidas por una persona o un órgano (Borowski, 2019b: 92). Esto implica que las decisiones autoritativas son ponderables (Borowski, 2018: 187-188). Los principios formales constituyen una opción viable para incorporar en la ponderación convencionalizada la vinculación de las decisiones del legislador y de la jurisprudencia internacional. No obstante, es todavía objeto de intenso debate la forma en la que se refleja el efecto de los principios formales en la fórmula del peso. Por esta razón, de entre los diferentes modelos fundamentales de los principios formales,²⁸ en este trabajo se empleará el *modelo de combinación* (Borowski, 2022: 335-336; Borowski, 2018: 180-182). De acuerdo con el modelo de combinación, se considera un principio formal en la ponderación de al menos dos principios, el principio formal no es un tercer principio sustantivo, sino que exige que la decisión de ponderación del legislador u otro órgano sea respetada por el órgano controlador.²⁹ Con base en este modelo fundamental de los principios formales podemos bosquejar la ponderación convencionalizada.

²⁸ Relativo a los diferentes modelos de los principios formales, véase, Borowski, 2022: 335 y ss.

²⁹ Borowski explica el papel del principio formal dentro de la ponderación de la siguiente manera: “Esta es una reconstrucción bastante simple, porque ciertamente hay diferentes factores para el peso del principio formal “P_f” –el peso abstracto de deferencia hacia la “decisión a controlar” y la intensidad de la intervención–. Debido a que la incertidumbre epistémica de la decisión global de la ponderación de principios sustantivos es la razón misma para la existencia del control limitado, es también el elemento clave para el peso del principio formal. Donde no existe incertidumbre epistémica, el principio formal necesariamente tiene el peso “cero” y no hay limitación del control” (Borowski, 2022: 341).

6.5 La estructura de la ponderación convencionalizada

A partir de las cuestiones desarrolladas en este trabajo, es posible proponer una modificación de la fórmula del peso desarrollada por Robert Alexy.³⁰ La modificación a esta fórmula consistiría en la inclusión de dos principios formales: un principio formal que exija la vinculación *prima facie* de las decisiones del legislador nacional (PFL) y otro principio formal que exija la vinculación *prima facie* de las decisiones del tribunal internacional (PFI) (Mateos Durán, 2023: 285-286). Conforme al modelo de combinación, se agrega un principio formal junto a los principios materiales dentro de la ponderación. En este sentido, el agregar un segundo principio formal daría como resultado el uso de un *modelo de combinación ampliado* (Mateos Durán, 2023: 285).

El primer principio formal es independiente del segundo, por lo que pueden estar presentes en el numerador y el denominador. Es decir, la ponderación del legislador (la ley) puede ser limitada por el precedente internacional, pero también reforzada. El reforzamiento de la ponderación del legislador se daría, por ejemplo, en los casos donde el legislador limite un derecho o un bien constitucional nacional motivado por el cumplimiento de una sentencia internacional. En el caso contrario, la ponderación del tribunal internacional sería una razón en contra de la ponderación del legislador. Por este motivo la ponderación convencionalizada puede tener cuatro variantes (Mateos Durán, 2023: 286):

Primera variante

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i + P_{FL} + P_{FI}}{I_j \cdot P_j \cdot F_j}$$

Segunda variante

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i + P_{FL}}{I_j \cdot P_j \cdot F_j + P_{FI}}$$

³⁰ En este trabajo no es posible desarrollar todas las características de la ponderación convencionalizada, no obstante, se presentarán los elementos esenciales de la misma. Para un desarrollo completo de la ponderación convencionalizada, véase, Mateos Durán, 2023: 282 y ss.

Tercera variante

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i + P_{FI}}{I_j \cdot P_j \cdot F_j + P_{FL}}$$

Cuarta variante

$$PR_{ij} = \frac{I_i \cdot P_i \cdot F_i}{I_j \cdot P_j \cdot F_j + P_{FI} + P_{FL}}$$

El valor que se le asignará a cada principio formal es independiente de las cuestiones materiales relativas a los derechos fundamentales (Mateos Durán, 2023: 285-286). En este sentido, el principio formal PFL considerará la certidumbre epistémica³¹ y se colocará en el lado de la decisión del legislador. Otros elementos que podrían considerarse —para determinar el peso del principio formal PFL— es si la ley es producto de un amplio consenso de las fuerzas políticas, así como la calidad del debate legislativo, la participación de la oposición y la sociedad civil, etc.³² Por su parte, el principio formal PFI considera factores como el rango de los derechos fundamentales internacionales, la existencia de un consenso regional sobre el derecho fundamental en cuestión, si existe una sentencia condenatoria hacia el Estado parte por parte del tribunal internacional, etc. (Mateos Durán, 2023: 287). El rango constitucional de los derechos fundamentales es un factor importante para considerar, porque, al tener un rango de norma constitucional, estos derechos pueden limitar en gran medida el margen de discrecionalidad del legislador.³³ El peso

³¹ Entre mayor sea la incertidumbre respecto a las premisas normativa y empíricas, mayor es el margen de discrecionalidad del legislador (Borowski, 2022: 343). Cuando no existe incertidumbre epistémica, entonces, el principio formal tiene el peso “cero” y no hay limitación del control jurisdiccional (Borowski, 2022: 342).

³² En el mismo sentido (Borowski, 2022: 296). Lo anterior, en el entendido de que la voluntad del legislador busca promover un derecho o bien constitucional. Sin embargo, en los casos donde los derechos fundamentales internacionales tengan rango constitucional, el margen de discrecionalidad del legislador es más reducido en comparación de otros ordenamientos en los cuales los tratados de derechos fundamentales tienen un rango infraconstitucional, véase, Mateos Durán, 2023:261-262.

³³ Lo anterior, en el entendido de que los tratados internacionales no disponen una jerarquía determinada del tratado dentro del derecho nacional. Esto da como consecuencia que los países incorporen el tratado en el nivel que disponga la Constitución y les da

de los principios formales se justificará a través de las herramientas ofrecidas por la argumentación jurídica (Mateos Durán, 2023: 287).³⁴

De este modo, dentro de la ponderación convencionalizada encontramos tres objetos normativos: el resultado de la ponderación de los principios materiales conforme a la concepción del órgano controlador, el resultado de los principios materiales de acuerdo con la concepción del legislador y el resultado de la ponderación del tribunal internacional (Mateos Durán, 2023: 285). Cuando todos los puntos de vista llegan al mismo resultado, no es necesario el separar los distintos puntos de vistas, pero cuando los resultados de ponderación son distintos, entonces se emplean los principios formales (Mateos Durán, 2023: 285).

7. La ponderación convencionalizada en el caso de la prisión preventiva oficiosa

En el marco de este trabajo no es posible llevar a cabo un estudio pormenorizado de la prisión preventiva oficiosa, sobre todo sus efectos para la libertad personal dentro del ordenamiento mexicano, porque el objetivo de este trabajo es el de ofrecer a los operadores jurídicos mexicanos herramientas dogmáticas disponibles dentro del marco constitucional de la CPEUM para resolver las contradicciones en la protección conferida por los derechos fundamentales nacionales e internacionales. En particular, demostrar los problemas inherentes al principio *pro persona* y al criterio jurisprudencial establecido por la CT 293/2011. No obstante, se pueden ofrecer algunas consideraciones, sobre todo después de la sentencia de la CIDH en el caso García Rodríguez y otros vs. México.

El proyecto³⁵ presentado por el ministro Luis María Aguilar Morales sobre la prisión preventiva oficiosa señala correctamente la necesidad de ponderar las restricciones de la Constitución frente a otros bienes de mismo rango en colisión.³⁶ No obstante, el criterio propuesto por el proyecto de “dar prevalencia a las

cierta libertad para cumplimentar sus obligaciones internacionales (Klabbers, 2017: 328; Vasel 2017: 150- 151, 159).

³⁴ Relativo a los márgenes de discrecionalidad estructurales y normativos en la aplicación derechos fundamentales nacionales e internacionales, véase, Mateos Durán, 2023: 290-291.

³⁵ Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales.

³⁶ Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 369.

normas internacionales que sean más protectoras de los derechos humanos³⁷ (principio *pro persona*) no es compatible con la estructura del sistema constitucional. Como se mencionó antes,³⁸ el principio *pro persona* encuentra como límite los casos de colisión entre derechos fundamentales. En el caso de la prisión preventiva oficiosa, los bienes constitucionales que reciben una protección especial, en la forma de la prisión preventiva oficiosa, son aquellos bienes jurídicos que el constituyente busca proteger al dar herramientas para reforzar la persecución de los delitos que los vulneren. La inaplicación de la prisión preventiva oficiosa tiene como consecuencia una disminución de la protección de los bienes jurídicos que se busca proteger con esta medida cautelar, lo que implicaría una contradicción con el principio *pro persona*. Una inaplicación general de la prisión preventiva conforme al criterio del proyecto y sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto podría considerarse como una reforma constitucional por parte del órgano controlador; situación que debemos evitar. Sin embargo, con esta afirmación no se niega en ninguna forma la grave intervención ocasionada por la prisión preventiva oficiosa, sino que exige analizar esta condición de otra manera.

Así, un elemento esencial de los efectos de la prisión preventiva oficiosa es la fuerte intensidad de intervención en la libertad personal. Este factor tiene una función importante dentro de la ponderación de la libertad personal frente a las razones que justifican la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Pero para comprender su efecto en la ponderación es necesario explicar la relación de las restricciones dentro del parámetro de control constitucional. Como ya lo mencionamos anteriormente, es necesario interpretar de forma distinta el artículo 1, párr. 1 CPEUM cuando establece: “[...] cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Conforme a la reinterpretación postulada en este trabajo, todos los derechos fundamentales —nacionales e internacionales con rango constitucional— son parte de la Constitución y pueden ceder frente a otros derechos fundamentales contenidos dentro del parámetro constitucional. Lo mismo puede suceder con los principios

o bienes constitucionales detrás de las restricciones. Esto es congruente con el modelo del derecho fundamental híbrido, debido a que en este modelo se tienen que considerar todas las restricciones constitucionales como razones que justifiquen la limitación del derecho fundamental afectado en el caso concreto. Esta reinterpretación conduce a una relativización de las restricciones constitucionales absolutas —lo mismo sucede con las restricciones absolutas contenidos en los tratados de derechos con rango constitucional—. Esta relativización sucede porque las restricciones estrictas se vuelven ponderables, es decir, debido a que se ponderan los derechos o bienes detrás de estas restricciones con las razones que justifican su inaplicación.

La relativización de las restricciones es una consecuencia inevitable de la incorporación de los catálogos de derechos internacionales en la norma Constitucional, debido a que el constituyente, al incorporar los derechos fundamentales internacionales a la Constitución, no estableció una jerarquía entre los derechos de las dos esferas de protección. Al no establecerse una relación de prelación, existe la pretensión de que el constituyente exige que se observen todos los derechos y bienes constitucionales relativos al caso concreto. En este sentido, existe un deber para los operadores jurídicos de armonizar las normas constitucionales, al considerar todos los bienes jurídicos detrás de las restricciones como susceptibles de ponderación con otros derechos y bienes constitucionales. En tanto la Constitución nacional no disponga de una regla de solución de antinomias que establezca una jerarquía entre las restricciones de los derechos fundamentales de la Constitución y los tratados internacionales —con rango constitucional—, *el criterio de la CT 293/2011 no tiene sustento constitucional*.

En el modelo dogmático elegido —el modelo del derecho fundamental híbrido— puede considerarse un *compromiso entre las dos posturas* divergentes que se pueden observar en la discusión del Pleno de las SCJN del proyecto presentado por el ministro Luis María Aguilar Morales.³⁹ Por un lado, el modelo pre-

³⁷ Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 369.

³⁸ Véase apartado 4.

³⁹ Véase, la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada los días 22 y 24 de noviembre de 2022. Aunque resulta curioso que la CIDH mencionará el hecho de que el Estado mexicano, en su defensa en el caso *García Rodríguez y otros vs. México*, sostuvo que el criterio de la CT 293/2011 representaba solo *obiter dicta* (CIDH, *García Rodríguez y otros vs. México*, sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas),

sentado en este trabajo es coherente con el principio *pro persona* al ampliar el ámbito de protección y las razones que pueden ser consideradas como intervenciones del derecho fundamental híbrido, y, por el otro, reconoce la importancia de todas las restricciones existentes en el sistema constitucional mexicano y les otorga un peso importante dentro de la ponderación.

El modelo dogmático del derecho fundamental híbrido busca evitar que la aplicación de los derechos fundamentales internacionales faculte al órgano controlador de reformar la Constitución. La exigencia constitucional de ofrecer resultados constitucionales obliga a los operadores jurídicos a armonizar todas las normas de rango constitucional. Aunque en algunos casos pueda justificarse la inaplicación de una norma constitucional (sea un derecho fundamental o una restricción), dicha inaplicación se dará solamente en el marco de las características del caso concreto o casos similares, lo cual implica que en un futuro pueden surgir razones suficientes que justifiquen el cambio del criterio.

Si bien las restricciones contenidas en el párrafo segundo del artículo 19 pierden parte de su carácter absoluto al ser objeto de la ponderación frente a otros principios —en los casos donde se controlan leyes que tienen por objeto configurar la prisión preventiva oficiosa, actos de autoridad que la solicitan y respecto del juez de control que la concede—, su importancia en el sistema jurídico no desaparece, pues su peso será mayor respecto del control de otras conductas con una escasa o mínima sanción en lo que respecta a las medidas cautelares.

En esta situación surge la pregunta de si existe alguna forma de aplicar constitucionalmente la prisión preventiva oficiosa. Aunque este trabajo es simplemente un ejercicio con fines académicos y no busca incidir en el proceso a cargo del legislador nacional ni mucho menos señalar el sentido del control constitucional jurisdiccional llevado a cabo por la SCJN u otros operadores jurídicos, al menos se pueden señalar algunas características que podrían conducir a una eventual constitucionalidad de una ley que regule la

prisión preventiva oficiosa y algunos puntos a considerar para el juez de control.

Una cuestión importante presentada por el proyecto del ministro Luis María Aguilar Morales fue el hecho de que la regulación infraconstitucional (el art. 167, párrafo 7 del Código Nacional de Procedimiento Penales; art. 6, fracción XIII de la Ley de Seguridad Nacional) ampliaba el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva, lo que condujo a la declaratoria de la inconstitucionalidad de estas normas. Esto es importante, pues establece los límites del margen de discrecionalidad del legislador a partir del parámetro constitucional, ya que el legislador no puede ampliar los bienes jurídicos detrás de las restricciones constitucionales a través de la ley sin un sustento constitucional, en especial cuando se amplían las razones que justifican una medida constitucional excepcional como lo es la prisión preventiva oficiosa.

Este punto es importante también para el órgano de control, pues, si bien el juez de control tiene la obligación de aplicar las normas constitucionales y observar el párrafo 2 del artículo 19 CPEUM, existe un deber de aplicar las restricciones constitucionales de manera congruente con el parámetro constitucional. Dicha obligación no escapa al *orden objetivo de valores* establecido en la Constitución —entiéndase el parámetro constitucional del cual también forman parte los derechos internacionales incorporados a la Constitución— que vincula también los actos del juez de control.

En este sentido, toda regulación concerniente a la prisión preventiva oficiosa tiene necesariamente que reducir el margen de discrecionalidad de las autoridades y del juez de control debido a la intensa afectación ocasionada por la aplicación de la prisión preventiva oficiosa. Lo anterior, en el entendido de que entre mayor es la intervención en la libertad del individuo, mayores deben ser las razones que justifiquen el actuar del Estado y menor su rango de discrecionalidad. La prisión preventiva oficiosa constituye una intensa intervención en la libertad personal, la cual encuentra una justificación constitucional en la gravedad de los delitos señalados por el art. 19, párr. 2 CPEUM, pero la excepcionalidad de esta medida cautelar debe ser proporcional a la excepcionalidad de su aplicación.⁴⁰

p 49, nota a pie de página 205). Lo anterior, porque en el proyecto aquí discutido se hizo énfasis en la interpretación del art. 1 párr. 1 CPEUM a la luz del criterio de la CT 293/2011 (Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 365). Por último, en la discusión sobre la prisión preventiva, se mencionó varias veces el criterio establecido por el CT 293/2011 para rechazar el proyecto presentado por el ministro Luis María Aguilar Morales.

⁴⁰ Este criterio de excepcionalidad también se menciona dentro del proyecto presentado por el ministro José María Aguilar, véase, Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 225.

En este caso, este margen reducido se traduce en una mayor precisión normativa de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, así como de una fuerte carga probatoria para el ministerio público cuando la solicite al juez de control para el caso concreto. Del mismo modo, la excepcionalidad de la prisión preventiva oficiosa exige del juez de control un control intenso⁴¹ en la revisión de las características del caso concreto para poder conceder la prisión preventiva; que el otorgamiento sea de oficio no exenta de observar el parámetro constitucional establecido por la Constitución mexicana.

En cuanto al uso del test de proporcionalidad, como una herramienta adecuada para justificar la inaplicación de normas constitucionales, la jurisprudencia de la SCJN considera que el test es solo una herramienta de adjudicación disponible para los operadores jurídicos nacionales, mas no lo reconoce como un principio constitucional que obligue su aplicación de oficio.⁴² Por ahora, solamente pueden presentarse algunos argumentos a favor del rango constitucional de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad puede encontrar un sustento constitucional a partir de los artículos 1, párr. 3 y el art. 133 de la CPEUM;⁴³ y de manera indirecta los artículos 103, 104 y 105 CPEUM. La falta de una disposición constitucional que lo contenga textualmente no evita que pueda interpretarse a partir de todo el entramado constitucional.

Por último, en la ponderación convencionalizada presentada en este trabajo se considera el papel tanto de la función del legislador como del precedente internacional. En el caso del legislador, factores como la existencia de un gran consenso político, la realización de un parlamento abierto y un debate razonable de los efectos de la ley son cuestiones que pueden aumentar el peso del principio formal que exige el cumplimiento *prima facie* de las decisiones del legislador. En el hipotético caso de que se promulgue una nueva regulación que esté relacionada con la prisión

preventiva oficiosa —tal vez como consecuencia de la sentencia de la CIDH—, el peso formal a favor de la ponderación del legislador reflejada en la ley (PFL) será mayor cuando se presenten varios de los criterios antes señalados. Por su parte, del lado de la jurisprudencia internacional, la existencia de un consenso regional respecto a una determinada forma de protección de un derecho o que el Estado sea condenado por el tribunal internacional son factores que aumentan el peso del principio formal que exige el cumplimiento *prima facie* de la jurisprudencia internacional. Para el caso de la prisión preventiva oficiosa, la sentencia del caso García Rodríguez y otros vs. México en contra del Estado mexicano tiene que reflejarse en un mayor peso del principio formal que exige el cumplimiento *prima facie* de los precedentes internacionales (PFI). El punto anterior es igualmente mencionado en el proyecto presentado por el ministro Luis María Aguilar Morales.⁴⁴ Si llegase a darse un empate entre los diferentes principios sustantivos y formales, el criterio determinante será la intensidad de afectación al derecho fundamental.

8. Conclusiones

Después de todo el desarrollo dogmático antes presentado, ha quedado claro que las relaciones entre derechos fundamentales de distinta fuente son complejas, pero no es una situación excepcional del sistema constitucional mexicano, sino que es un problema que se repite en todos los sistemas constitucionales que incorporan derechos fundamentales internacionales. Existen distintas formas de solucionar las tensiones derivadas de la sentencia de la CIDH en el caso García Rodríguez y otros vs. México. Una solución sencilla consistiría en reformar la Constitución y eliminar la prisión preventiva oficiosa. Sin embargo, esa decisión está en manos del constituyente y no de los órganos de control constitucional. Por esta razón, el modelo dogmático y la estructura de la ponderación convencionalizada propuestas buscan ofrecer respuestas a los operadores jurídicos dentro del sistema constitucional mexicano. Los retos que se presentan en el sistema mexicano con la incorporación de los derechos fundamentales internacionales a la Constitución no son sencillos, pero la protección de los derechos

⁴¹ Relativo a los tipos de intensidad del control judicial, véase, Borowski, 2022:323-324. En jurisprudencia de la SCJN también se puede ver la idea de la intensidad de control, por ejemplo, Tesis 2a./J. 11/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 51, febrero de 2018, t. I, p. 510.

⁴² Tesis 2a./J. 10/2019 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 838. No obstante, el principio de proporcionalidad está reconocido en el artículo 159 del Código Nacional de Procedimientos Penales para la prisión preventiva oficiosa.

⁴³ Esto tiene un precedente en el sistema constitucional alemán, véase, Borowski, 2022: 138-139.

⁴⁴ Proyecto de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su Acumulada 136/2019, párr. 369.

humanos (como derechos morales) detrás de los derechos fundamentales exige de los operadores el uso de todas las herramientas dogmáticas para asegurar la mayor efectividad posible ofrecida por el parámetro constitucional.

9. Bibliografía

- Alexy, Robert. 2021. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Alexy, Robert. 1998. Die Institutionalisierung der der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en Gosepath, Stefan y Lohmann, Georg, *Philosophie der Menschenrechte*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, pp. 244-264.
- Alexy, Robert. 1994. *Die Theorie der Grundrechte*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- Baumann, Robert. 2010. Die Tragweite der Schubert-Praxis, en *Aktuelle Juristische Praxis*, pp. 1009-1019.
- Borowski, Martin. 2022. *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Borowski, Martin. 2019. Grundrechte und Menschenrechte, en *Menschenrechte – für wen?*, número 2017 (2019), pp. 11-40.
- Borowski, Martin. 2019b. La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, en *Ciencia Jurídica*, año 8, núm. 16, pp. 81-98.
- Borowski, Martin. 2018. *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos.
- Borowski, Martin. 2018b. Virtues and vices of two layers of Fundamental Rights: lessons from the Protocol on the Charter of the Fundamental Rights of the EU, en *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 117, pp. 363-442.
- Grabenwarter, Christoph. 2002. Die Menschenrechtskonvention und Grundrechte-Charta in der europäischen Verfassungsentwicklung, en Cremer, Hans-Joachim et al. (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlín et al.: Springer, pp. 1129-1152.
- Grabenwarter, Christoph y Pabel, Katharina. 2021. *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7a. ed., Múnich: C.H. Beck.
- Kälin, Walter y Künzli, Jörg. 2019. *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4a. ed., Basilea: Helbing Lichtenhahn Verlag/Nomos.
- Klabbers, Jan. 2017. *International Law*, 2a. ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Kunz, Raffaella. 2020. *Richter über internationale Gerichte?*, Berlín: Springer.
- Lübbe Wolff, Gertrud. 2010. Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei konfliktierenden Individualrechten. Pläyoder für eine Korridorlösung”, en Hochhuth, Martin (ed.), *Nachdenken über Staat und Recht. Kolloquium zum 60. Geburtstag von Dietrich Murswiek*, Berlín: Duncker und Humblot, pp. 193-209.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2023. *Das Verhältnis zwischen nationalen und inkorporierten internationalen Grundrechten*. Baden-Baden: Nomos.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2021. El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana, en González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén (coord.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, Ciudad de México: Suprema corte de Justicia de la Nación, pp.139-174.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2020. Restricciones de los derechos fundamentales, en Caballero González, Edgar S., *Diccionario Práctico de Derecho Constitucional*, Ciudad de México: Centro de estudios Jurídicos Carbonell, pp. 68-72.
- Mateos Durán, Arnulfo Daniel. 2019. La separación del “ámbito de protección” respecto de las “restricciones” en los derechos fundamentales. Una discusión de la dogmática alemana, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLX, núm. Extraordinario, pp. 277-298.
- Mücl, Stefan. 2005. Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, en *Der Staat*, pp. 403-431.
- Mora-Sifuentes, Francisco. 2021. *Legalismo y Constitucionalismo*, Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Nava Tovar, Alejandro. 2020. *Argumentación Jurídica*, 1a. ed. Ciudad de México: INACIPE.
- Rauber, Jochen. 2018. *Strukturwandel als Prinzipienwandel*, Berlín: Springer.
- Sieckmann, Jan-Reinard. 2018. *Rechtsphilosophie*, Tubinga: Mohr Siebeck.
- Vasel, Johann Justus. 2017. *Regionaler Menschenrechtsschutz als Emanzipationsprozess*. Berlín: Duncker und Humblot.



Agresiones sexuales y prisión provisional



Pablo Mora Díez*

*Fiscal de la Fiscalía Provincial de Huelva.
Doctor en Derecho*

RESUMEN: La importancia que tienen las garantías procesales y sustantivas en un Estado de derecho, por un lado, y la existencia de la institución de la prisión provisional en nuestro ordenamiento jurídico, por otro, es un maridaje difícil de combinar. Cuando entramos en el ámbito de las agresiones sexuales, todavía se acentúa más este desencuentro, toda vez que se trata de delincuencia que se comete en la “clandestinidad” ordinariamente, y que es bastante frecuente que la declaración de la víctima sea la prueba esencial sobre la que pivota la condena o la absolución del investigado. (Lo que la jurisprudencia viene llamando “situaciones límite de crisis del derecho fundamental a la presunción de inocencia”). Esto hace que el empleo de la prisión provisional en esta clase de delincuencia presente unos perfiles específicos que requieran un estudio sosegado, sometiendo la institución de la prisión provisional al cedazo de la crítica.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la libertad sexual, prisión provisional, penas, derechos fundamentales, presunción de inocencia.

ABSTRACT: The importance of procedural guarantees in the rule of law, on the one hand, and the existence of the institution of pre-trial detention in the Spanish legal system, on the other, is a difficult combination. Thus, when it comes to sexual aggression, this misunderstanding is even more accentuated, given that the crime is usually committed “clandestinely”, and the victim’s statement is often the essential evidence on which the conviction or acquittal of the person under investigation depends. (What jurisprudence has been calling “borderline situations of crisis of the fundamental right to the presumption of innocence”). The use of pre-trial detention in this type of crime presents specific profiles that require careful consideration, subjecting this institution of pre-trial detention to scrutiny.

KEYWORDS: Crimes against sexual freedom, pre-trial detention, sentences, fundamental rights, presumption of innocence.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Prisión provisional y presunción de inocencia. 3. La reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y su incidencia en el uso de la prisión provisional. 4. La contrarreforma operada por la LO 4/23, de 27 de abril. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Las últimas reformas en materia de delitos contra la libertad sexual han supuesto una alteración del marco punitivo previsto para esta clase de delincuencia y, por ende, este hecho ha afectado de lleno a una institución cuyo empleo es habitual para esta clase de graves y luctuosos delitos: la prisión provisional.

Por un lado, la reforma realizada por la LO 10/22, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, (conocida como “solo sí es sí”) ha supuesto una profunda modificación del Código Penal en los delitos de naturaleza sexual, ubicados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad sexual”.

Esta modificación ha afectado también de lleno al marco penológico establecido para esta clase de delincuencia. En palabras de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, n.º 481/23, de 13 de febrero (ponente Manuel Marchena Gómez) “La entrada en vigor de la LO 10/22, de 6 de septiembre, ha reordenado los espacios dosimétricos previgentes a la hora de sancionar los delitos contra la libertad sexual”.

También esta reforma sitúa el consentimiento de la víctima en el “punto de no retorno” para diferenciar la licitud o ilicitud de la relación sexual. Asimismo, suprime la distinción tradicional entre agresión y abuso sexual. Trata, en definitiva, de construir un nuevo escenario en el enjuiciamiento de la delincuencia sexual.

Por otro lado, la *contrarreforma* operada por la LO 4/23, de 27 de abril, de los delitos contra la libertad sexual, ha supuesto una nueva vuelta de tuerca en esta materia, de manera que vuelve a elevar las penas para este tipo de delincuencia. Dos modificaciones profundas y cercanas en el tiempo que crean, como es lógico, un problema importante de seguridad jurídica.

Como ya he dicho, en esta clase de delitos, en la práctica judicial, es bastante frecuente el uso de la medida cautelar personal de la prisión provisional,

regulada en los artículos 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como medio usual de asegurar, ordinariamente (por explicarlo de manera puramente formal), la presencia del investigado en el acto del juicio oral y durante todo el procedimiento, debido a las altas penas que suelen ser asociadas a estos tipos delictivos, así como evitar el riesgo de fuga, la destrucción de pruebas y la protección de la víctima de estos luctuosos hechos.

2. Prisión provisional y presunción de inocencia

Ya desde sus inicios el Tribunal Constitucional ha subrayado el carácter excepcional de la medida de prisión cautelar; la STC 41/82, de 2 de julio, dice:

... no debe ser la regla general para las personas que deben ser juzgadas y se inspira en los siguientes principios: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe ser considerarse como una medida excepcional; c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.”

Esto, en línea con las enseñanzas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Lo cierto es que la existencia de la prisión provisional en el *ancien régime* era un presupuesto necesario para el uso de la tortura como prueba reina del proceso inquisitivo, para de este modo obtener la confesión del reo. La prisión provisional y la tortura van, así, de la mano desde un principio. GREVI habla de la prisión preventiva en el antiguo régimen como “un prius necesario para la obtención de las pruebas”¹.

Lo cierto es que el desembarco de las ideas ilustradas en el ámbito del derecho penal transforma sustancialmente el viejo proceso inquisitivo orientándolo al

¹ GREVI, V. “Libertà personale dell’imputato e costituzione”. Editorial Giuffrè. 1976. Pág 3.

establecimiento de unas reglas más justas y racionales. No obstante, todavía la prisión sin condena vive en la actualidad como un lastre de este proceso medieval. En todo caso, en palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ, todo este proceso histórico produce una “disociación de la tortura y la prisión provisional”.²

Sobre la institución de la prisión provisional se han escrito numerosos tratados, artículos, tesis doctorales y, en gran parte de ellas, son feroces y duras las justas y lógicas críticas dirigidas a una institución que, al fin y al cabo, supone un adelanto de la pena que se impone al reo, sin que haya existido juicio alguno. Una presunción de culpabilidad adelantada al momento basilar del juicio oral. Es difícil la convivencia entre un derecho absoluto y fundamental como es la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento y la institución de la prisión provisional. Directamente no conviven. Pero, en todo caso, es una institución en vigor en la actualidad en nuestro ordenamiento y que, además, es incluso de uso ordinario, por no decir frecuente, en nuestros *palacios de justicia*.³

De hecho, SIMÓN CASTELLANO habla de que en el año 2019 el 16 % de la población reclusa se encontraba en situación de prisión provisional “Hablar de la prisión provisional como medida excepcional stricto sensu es contribuir innecesariamente a una falacia largamente extendida”.⁴

Así, hay que subrayar que uno de los más importantes juristas europeos del siglo xx y principios del xxi, LUIGI FERRAJOLI, ha llevado la crítica a la prisión provisional “hasta sus últimas consecuencias” en palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ⁵. Así, FERRAJOLI, con relación a esta dice: “... el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para pro-

vocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales”.⁶

El respeto a las garantías del proceso penal, expresión más elocuente de los derechos del investigado es sin duda el centro y pilar fundamental del procedimiento penal, como expresión más acabada del principio acusatorio que debe inspirar el proceso penal en un Estado de derecho. Así lo subraya ASENCIO MELLADO cuando dice:

“Para alcanzar ese fin, para que sea eficaz es necesario e imprescindible que se respeten todas y cada una de las garantías que antes se han esbozado y que son consustanciales al clásico principio acusatorio o, lo que es lo mismo, configurar el proceso como un instrumento que preserve las garantías procesales. Y en este concepto han de incluirse tanto las procedimentales, las cuales tienen un valor más relevante del que comúnmente se les suele asignar y cuya infracción puede generar la nulidad radical de los actos formalmente mal ejecutados, como las que derivan de derechos fundamentales, las que, por el lugar que ocupan en la norma constitucional, por su posición preferente en el ordenamiento jurídico, han de producir, sin excepción alguna, la nulidad radical de los elementos de investigación afectados por la intromisión ilegítima.”⁷

Como expresión más acabada de esta idea, FERRAJOLI dice “Cuando falta enteramente la garantía penal de la estricta legalidad, el juicio penal se convierte inevitablemente en juicio moral, y el juicio moral en pura arbitrariedad”.⁸

La importancia que tienen las garantías procesales y sustantivas en un Estado de derecho, por un lado, y la existencia de la institución de la prisión provisional en nuestro ordenamiento jurídico, por otro, es un maridaje difícil de combinar.

Y así, cuando entramos en el ámbito de las agresiones sexuales, todavía se acentúa más este desencuentro, toda vez que, al tratarse de delincuencia que se comete en la “clandestinidad” ordinariamente, y en la que es bastante frecuente que la declaración de la víctima sea la prueba esencial sobre la que pivota

² ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica* n° 13. 1997. Pág. 6.

³ Entre las críticas a las que me refiero podemos citar la lúcida visión en esta materia de ANDRÉS IBÁÑEZ, P. en “El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, “Teoría y derecho”, *Revista de pensamiento jurídico*, n° 1. Editorial Tirant lo Blanch. 2007, donde no se limita a un examen formal y superficial del papel actual de la Fiscalía en el ámbito del proceso penal sino que se adentra en cuestiones concretas y determinadas, como el tema que nos ocupa: la prisión provisional.

⁴ SIMÓN CASTELLANO, P. “El régimen jurídico – constitucional de la prisión provisional en España”. *Revista Penal México*, n° 18. 2021. Pág. 182

⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, dentro de la revista “Detención y prisión provisional”. Cuadernos de derecho judicial. CGPJ. 1996, f 31.

⁶ FERRAJOLI, L. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta. 1995. Pág. 555.

⁷ ASENCIO MELLADO, J. “El proceso penal con todas las garantías”. *Ius Et Veritas*, 16(33). 2006. Pág. 239-240.

⁸ FERRAJOLI, L. “El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal”. Editorial Trotta. 2018. Pág. 140.

la condena o la absolución del investigado. (Lo que la jurisprudencia viene llamando “situaciones límite de crisis del derecho fundamental a la presunción de inocencia”).⁹ A este respecto, se ha escrito mucho sobre la nueva definición de consentimiento que se recoge en el nuevo artículo 178 del Código Penal tras la reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre, y los problemas probatorios que plantea.¹⁰ Lo que resulta claro es que en ningún caso puede suponer una inversión de la carga de la prueba, que corresponde a las acusaciones, pues eso supondría una lesión clara de un derecho fundamental como es la presunción de inocencia (artículo 24 CE).

No hay que olvidar que los modernos avances tecnológicos, especialmente la prueba de ADN, ha supuesto la revisión de múltiples casos de agresiones sexuales, dando lugar a absoluciones de sentencias condenatorias en firme, incluso en algunos casos de condenados a muerte por los hechos revisados.¹¹

Por ejemplo, el proyecto Innocence en EE. UU. y Canadá, que busca probar, a través precisamente de esta prueba de ADN, la inocencia de personas condenadas cumpliendo prisión que siempre han defendido su inocencia y que carecen de recursos económicos. Según FERNÁNDEZ PÉREZ:

En la década del 90, en la ciudad de Nueva York, un grupo de abogados, liderados por Peter Neufeld y Barry Shek, creó la ONG Proyecto Inocencia. Esta iniciativa tiene como objetivo probar, mediante estudios de ADN, la inocencia de presos injustamente condenados. Los abogados solicitan la revisión de las causas e investigan qué estudios podrían realizarse sobre muestras remanentes que hubieran quedado archivadas. Hasta mayo de 2007, el Proyecto Inocencia ha logrado la excarcelación de 203 individuos inocentes acusados de algún delito. 14 de ellos habían sido condenados a muerte.¹²

⁹ Sentencia del TS (Sala Segunda) n.º 805/18, de 7 de marzo.

¹⁰ Ver a este respecto, el muy documentado artículo de TOMÉ GARCÍA, J. A.. “La ley del ‘solo sí es sí’: consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La Ley Penal* n.º 159. 2022. Pág. 1.

¹¹ No me resisto a señalar que, mientras elaboro este trabajo, una vez más, la prensa se hace eco de una nueva revisión de la condena por violación, impuesta a un condenado, a 15 años de prisión, dictándose una nueva sentencia absolutoria. Ver: <https://www.elmundo.es/cronica/2023/06/29/649da2d221efa0491f8b45b0.html> (consultado en fecha 29 de junio de 2023).

¹² FERNÁNDEZ PÉREZ, D. A. “El ADN. Pieza decisiva en la resolución de casos criminales”. Autoedición. 2015. Pág. 12.

Con frecuencia, el testimonio de la víctima de la agresión sexual, como ya he dicho, se convierte en el único pilar sobre el que se asienta la condena del investigado, debido a que esta clase de delitos suelen cometerse en la clandestinidad. Las víctimas de esta odiosa delincuencia merecen todo el apoyo del Estado, todo el acompañamiento, cercanía y comprensión. Pero no siempre son los mejores testigos de estos lucrativos hechos. El impacto de un hecho tan brutal puede convertir a una víctima, que como he dicho merece todo el apoyo del Estado, en el peor de los testigos.

En principio fundamental en este punto es que la condena del acusado no puede apoyarse sobre un puro y apodíctico acto de fe en la palabra de una víctima-testigo. A este respecto la STS n.º 1743/18, de 8 de mayo (Sala Segunda. Ponente Antonio del Moral García), dice:

El viejo axioma *testis unus testis nullus* —se dice allí— fue erradicado del moderno proceso penal. Esa constatación, empero, no puede desembocar ni en la disminución del rigor con que debe examinarse la prueba, ni en una debilitación del *in dubio*. La palabra de un solo testigo puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Pero junto a ello la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia en la palabra del testigo”, a modo de un acto de fe ciego. Se hace imprescindible una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa en lo esencial en un testimonio ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan.

Fruto de todas estas consideraciones que exponemos resulta claro que el empleo de la prisión provisional en esta clase de delincuencia presenta unos perfiles específicos que requieren un estudio sosegado, sometiendo esta institución de la prisión provisional al cedazo de la crítica.

3. La reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual y su incidencia en el uso de la prisión provisional

Como es conocido, la reforma de los delitos contra la libertad sexual articulada por la LO 10/22, de 6 de septiembre, ha supuesto una profunda reforma del

marco penal establecido para esta clase de delincuencia; en concreto, ha modificado las penas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico a la baja, especialmente en los límites mínimos de los diferentes tipos delictivos.

Con carácter previo, cabe destacar que esta LO 10/22 nace con vocación integradora, es decir, de convertirse en una ley integral de protección de la libertad sexual. En este punto, se produce un claro solapamiento con la LO 1/04, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Así, el artículo 1.3 de la LO 1/04, señala que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Esto puede ocasionar problemas de fricción entre ambas leyes. La LO 1/04 se aplica, no a todos los ataques a la libertad sexual de las mujeres por el hecho de ser mujer, como indica en Convenio de Estambul de 2011, ratificado por España en 2014, sino la que se produce dentro de la pareja o expareja, y esto, como se ha dicho, puede provocar serios problemas de solapamiento entre ambas leyes.

El propio Convenio de Estambul señala que la violencia sexual es una modalidad de la violencia de género.¹³

En todo caso, la bajada de los límites mínimos de las penas ha tenido como consecuencia una catarata constante de revisiones de penas en los delitos contra la libertad sexual que, como afirma OLALDE GARCÍA, “eran previsibles”¹⁴ y que, a fecha de este trabajo, superan ya las 1 000 revisiones, según estadística del Consejo General del Poder Judicial.

Además, hay que destacar que los amplísimos arcos penales que establece esta reforma permiten un enorme margen de decisión a los jueces y tribunales para la fijación de las penas, pues, como es sabido, es discrecionalidad judicial la imposición de la pena concreta al reo, que siempre será motivada (STS n°

3263/22, de 15 de septiembre. Sala Segunda. Ponente Carmen Lamela Díaz)¹⁵.

Así lo indica claramente y en este sentido LASCURAÍN SÁNCHEZ “La nueva regulación de los delitos sexuales otorga al juez un excesivo margen de elección de la pena”¹⁶.

Como también es sabido, los límites mínimos de las penas establecidos para los tipos penales en esta reforma se rebajan considerablemente:

- a. En la agresión sexual el límite mínimo se mantiene de 2 a 2 años.
- b. Si hay agresión sexual con acceso carnal, el límite mínimo baja de 6 a 4 años.
- c. En el caso de agresión sexual a menor de 16 años el límite mínimo baja de 8 a 6 años, (por poner solo algunos ejemplos).

Aquí podemos añadir, además, que TORRES FERNÁNDEZ mantiene con buen fundamento que debía haberse aprovechado esta reforma para aumentar la edad del consentimiento sexual en los 16 años, ya que esto se aparta de la realidad sociológica de los adolescentes, que a menudo inician la actividad sexual a edades más tempranas.¹⁷

Esta rebaja de los límites mínimos de las penas se debe fundamentalmente a la unificación de los tipos penales en esta materia: se suprime la distinción entre agresión y abuso sexual,¹⁸ puesto todo contacto sexual inconsciente¹⁹ pasará a tener la consideración

¹⁵ Resulta sorprendente como desde determinados ámbitos políticos se culpa a “jueces machistas” de las revisiones de condena y, por otro lado, la propia reforma de la ley “solo sí es sí” establece una amplísima discrecionalidad judicial para fijar las penas correspondientes a los tipos delictivos. Ver a este respecto: <https://elpais.com/espana/2022-11-16/irene-montero-acusa-a-los-jueces-de-incumplir-la-ley-por-machismo-al-rebajar-penas-por-la-ley-del-solo-si-es-si.html> (consultada el 6 de mayo de 2023).

¹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, de la obra colectiva: *Comentarios a la ley de “solo sí es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. AGUSTINA . J. R. (Coord.). Editorial Atelier. 2023. Pág. 54.

¹⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M. E. “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la LO de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/22)”, de la obra colectiva “Comentarios a la ley “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre”. Op. Cit.

¹⁸ Esto enlaza con uno de los eslóganes de las manifestaciones que tuvieron lugar como reacción contra la sentencia de instancia del caso “La Manada”: “no es abuso, es violación”.

¹⁹ STS (Sala Segunda) n° 3104/18, de 26 de julio. (Ponente Andrés Martínez Arrieta).

¹³ CERRATO GURI, E. y CASANOVA MARTÍ, R. “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit. Pág. 156.

¹⁴ OLALDE GARCÍA, A. “Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del “solo sí es sí”. *Diario La Ley*, n° 10180. 2022. Pág. 1.

Agresiones sexuales y prisión provisional

de agresión sexual. De ahí la amplitud de los marcos punitivos que marca esta ley.

También esta unificación de atentados contra la libertad sexual ha sido objeto de numerosas críticas. Estas se centran, principalmente, en que las diferentes reformas penales han tratado de ir perfilando los diferentes tipos de agresiones sexuales a la pena proporcionada que corresponda. Sin embargo, esta reforma arrasa con todo ello y unifica todos los atentados contra la libertad sexual en una sola figura (agresión sexual). LASCURAÍN SÁNCHEZ dice “Esta fusión de todos los atentados sexuales en un solo tipo delictivo es inconveniente en términos preventivos y aboca a un arbitrio judicial excesivo”.²⁰

Ciertamente los atentados contra la libertad sexual representan un tipo de delincuencia muy grave; pero también, como afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ, “la iniquidad admite grados”.²¹

La propia Exposición de Motivos de la LO 10/22 recoge que “como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de otra persona”.

Las impulsoras de la reforma han remarcado que esta tiene por objeto adaptar nuestra legislación a los postulados del Convenio de Estambul, sin embargo, y tal y como señala CARUSO FONTÁN, nada dice explícitamente el Convenio de Estambul en este sentido cuando se refiere a la violencia sexual en sus artículos 35 y 36.²²

Así, uno de los requisitos para imponer a un sospechoso la medida cautelar personal de prisión provisional es el riesgo de fuga.²³ Y el riesgo de huida se considera que concurre especialmente por las elevadas penas previstas para un delito determinado (ver

artículo 502 y siguientes de la LECRIM). Por tanto, esta rebaja de penas llevada a cabo por la LO 10/22, de 6 de septiembre, supone un acicate más para moderar el uso de la prisión provisional en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual. La rebaja de penas que ha llevado a cabo obliga a restringir todavía más el uso de la prisión provisional para esta clase de delincuencia.

Es cierto que existen otros presupuestos o requisitos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para aplicar esta medida cautelar, como evitar la causación de daños a los bienes jurídicos de la víctima o evitar la destrucción de pruebas, pero resulta de fácil inteligencia convenir que el riesgo de fuga es uno de los principales motivos para acordar esta medida en la práctica judicial, por lo que, como se ha dicho, debe hacerse siempre un uso restrictivo de esta medida cautelar en toda clase de delincuencia, y también en esta que estamos analizando.

Además, en cuanto a la protección de la víctima, existen medidas mucho menos gravosas para el investigado antes que la prisión provisional, que otorgan también una protección efectiva a la víctima, como puede ser la orden de alejamiento, cuya prohibición de aproximación podrá estar controlada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado o con un dispositivo telemático de protección (pulsera) (artículo 48 y 57 del CP y artículo 544 bis de la LECRIM, tras la reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre).²⁴

Por otro lado, el consentimiento de la víctima se sitúa en el centro de la reforma de la LO 10/22 y marca la diferencia entre el sexo lícito y el ilícito. La reforma no es original y genuina de España, sino que en numerosos países occidentales se han efectuado cambios legislativos en este sentido: Alemania (2017) y Suecia (2020) por citar algunos. Hay proyectos también en otros países. También las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se enmarcan en este sentido.²⁵

²⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, de la obra colectiva: “Comentarios a la ley de “solo si es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre”. Op. Cit. Pág. 53

²¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, de la obra colectiva: *Comentarios a la ley de “solo si es sí”: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit. Pág. 53

²² Ver a este respecto el trabajo de CARUSO FONTÁN, V., “¿Solo sí es sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Diario La Ley*. Sección Doctrina. N.º 9594. 2020. Pág. 6-7.

²³ ATS (Sala Segunda) n.º 10929/18, de 23 de octubre (Ponente Manuel Marchena Gómez).

²⁴ Esta es una de las novedades y también uno de los aspectos positivo de la reforma de la LO 10/22, de 6 de septiembre, tal y como señala MAGRO SERVET, “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n.º 10133. 2022. Pág. 9.

²⁵ RAMOS RIBAS y FARALDO CABANA “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit. Pág. 80.

La LO 10/22 contiene una definición de consentimiento: El artículo 178 lo define con la siguiente fórmula legal: “Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

Históricamente, nuestros códigos penales no contenían una definición de consentimiento, pero esto no significa que era sustancial a los diferentes tipos delictivos que conformaban los títulos y capítulos correspondientes del Código Penal.

Por este motivo, entiendo que este supuesto cambio de paradigma, en la práctica, no es tal. De hecho, la falta de consentimiento era ciertamente delictivo antes de la reforma de esta LO 10/22, tipificado como abuso sexual y no agresión sexual. Pero delito. En la actualidad cambiaría la denominación del tipo delictivo, al constituir una agresión sexual y no abuso, pero no cambia el carácter antijurídico de la conducta.

Pero es que, además, las dudas sobre si concurre o no el consentimiento han de solventarse, necesariamente, en favor del reo. La presunción de inocencia así lo señala. Y debe probarse por las acusaciones que ha existido una ausencia de consentimiento más allá de toda duda razonable.

En este sentido, resulta muy ilustrativo el informe del CGPJ al Anteproyecto de la ley de garantía integral de la libertad sexual que indica:

La cuestión problemática que plantea el consentimiento no es conceptual (qué deba ser el consentimiento), sino probatoria (cuando existe o no el consentimiento) “. Y es que la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto señalaba, sin pudor alguno, que debía “reorientarse el régimen de valoración de prueba.

Mención que se suprimió posteriormente a tras los informes correspondientes del CGPJ y del Consejo Fiscal.

Lo esencial es que no puede producirse en esta materia una inversión de la carga de la prueba. El acusado tenía y debe tener tras la reforma todo el derecho a la presunción de inocencia ex artículo 24 CE y corresponderá a las acusaciones enervarla, más allá de toda duda razonable. Así lo expresa, entre muchas otras, la STS n.º 671/21, de 9 de septiembre. También sobre la carga de la prueba ver el artículo 6 de la Directiva (UE) 2016/323 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

En todo caso, TOMÉ GARCÍA entiende que tras esta reforma “las partes acusadoras pueden conseguir la condena del acusado con más facilidad que antes”.²⁶ Incluso este autor, en ese trabajo, recoge un listado de sentencias absolutorias por delitos contra la libertad sexual que, a su juicio, si se hubieran dictado tras la entrada en vigor de esta reforma, deberían haber sido condenatorias.

Resulta en todo caso de gran interés la STS n.º 311/23, de 20 de enero (Sala Segunda. Ponente Julián Artemio Sánchez Melgar), que es posterior a la entrada en vigor de la reforma de la ley “Solo sí es sí”, y que dice: “En consecuencia, el Tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios, si concurre en el caso enjuiciado consentimiento, o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo”. Esta importante sentencia reconoce que, al fin y al cabo, la importancia esencial y nuclear del consentimiento como elemento negativo del tipo de los delitos contra la libertad sexual existía antes y después de la reforma que estamos analizando.

Así las cosas, la prueba del consentimiento, ordinariamente, partirá de la valoración de la declaración de la víctima. La atendibilidad de su testimonio se medirá conforme a los tres parámetros clásicos establecidos por la jurisprudencia del TS que, por conocida, resulta ocioso citar (STS n.º 2003/18, de 24 de mayo, Sala Segunda, ponente Vicente Magro Servet, entre muchas otras). A partir de aquí, el sistema de libre valoración de la prueba, no tasada, permite un amplio ramillete de diligencias de las que podrán disponer las partes para defender sus posiciones ante el tribunal. La prueba de ADN se convierte en una prueba esencial en materia de agresiones sexuales, y es muy útil, pero no indispensable en los delitos contra la libertad sexual (STS n.º 2192/22, de 1 de junio, Sala Segunda, ponente Javier Hernández García). También los partes médicos, el informe médico forense, los informes periciales de valoración del testimonio en el caso de menores de edad, grabaciones, audios, testificales directas o de referencia, etc., serán prueba determinantes sobre la ocurrencia de los hechos.

²⁶ TOMÉ GARCÍA, J. A., *La ley de “solo sí es sí”: consentimiento sexual y carga de la prueba*. Op. Cit. Pág. 8.

4. La contrarreforma operada por la LO 4/23, de 27 de abril

La reforma operada por la LO 4/23, de 27 de abril, según reza su Exposición de Motivos, nace con vocación de respetar las claves esenciales de la reforma anterior de la ley “Solo sí es sí”, (lo que llama el corazón de la norma), especialmente la definición del consentimiento:

Respetando este modelo, es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual.

Aunque la reforma no solo se centra en la modificación de los marcos punitivos asociados en los tipos penales, esta es la alteración más importante; su finalidad básica es evitar la bajada de penas producida por la norma anterior (los llamados efectos indeseados).

Un primer problema salta a la vista: la inseguridad jurídica que producen dos modificaciones tan cercanas en el tiempo sobre una misma materia. Estos problemas jurídicos que generan las modificaciones constantes del Código Penal han sido expuestos con gran solvencia por DEL MORAL GARCÍA: “Honestamente... creo que no es ni lógico, ni deseable, ni razonable ni política ni socialmente benéfico ese hiperactivismo del legislador penal”.²⁷

También TORRES FERNÁNDEZ señala que “Los delitos sexuales son uno de los grupos de infracciones que más reformas acumulan desde la aprobación del vigente Código Penal”.²⁸

Pero es que, además, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, proclamada en el artículo 9.3 de la Constitución española, impide que esta re-

forma, que endurece los marcos penales, pueda ser aplicada con efecto retroactivo, por lo que tampoco impedirá las ya habituales revisiones de penas o excarcelaciones. No hay atisbo de duda sobre este aspecto, elevado a rango de principio constitucional por nuestra carta magna. De ahí que el esfuerzo del legislador vaya a obtener pocos frutos desde esta perspectiva.

Este principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y, a *sensu contrario*, la retroactividad de las disposiciones favorables está recogido también en nuestro derecho interno (artículo 2.2 del Código Penal) o en el ámbito comunitario, en el artículo 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En todo caso, como estamos viendo, la contrarreforma operada por esta ley no cambia el paradigma de lo expuesto; debe hacerse un uso moderado y restrictivo del instituto de la prisión provisional en esta materia por los fundamentos dogmáticos, sustantivos y procesales que hemos expuesto.

Esta manera de legislar, apresurada, a golpe de telediario, merece en todo caso censura por los problemas de seguridad jurídica, de defectuosa técnica legislativa, etc., que genera. Las normas penales necesitan siempre un periodo de rodaje, en el que se pulen a través de los operadores jurídicos y por vía jurisprudencial, los diferentes problemas aplicativos que plantean en la práctica, lo que aquí se echa en falta.

5. Conclusiones

Las últimas reformas en materia de delitos contra la libertad sexual han supuesto una alteración del marco punitivo previsto para esta clase de delincuencia y, por ende, este hecho ha afectado de lleno a una institución cuyo empleo es habitual para esta clase de graves y luctuosos delitos: la prisión provisional.

La rebaja de penas llevada a cabo por la LO 10/22, de 6 de septiembre (especialmente en los límites mínimos de penas), obliga a moderar, todavía más, el uso de la prisión provisional en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual.

La reforma operada por la LO 10/22, de 6 de septiembre, trata de situar el consentimiento de la víctima en el centro del cambio legislativo de manera que

²⁷ DEL MORAL GARCÍA, A. “Una década de reformas penales. Análisis de 10 años de cambios en el Código penal (2010-2020)”. (Prólogo). Editorial Bosch. 2020. Pág. 35.

²⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M. E. “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la LO de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/22)”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit. Pág. 21.

sirva para diferenciar la conducta lícita de la ilícita. Sin embargo, no nos enfrentamos tanto a un problema conceptual como probatorio. Corresponde a las partes acusadoras probar la ausencia de consentimiento de la víctima, y toda duda razonable deberá resolverse en favor del reo, por imperativo de la presunción de inocencia, ex artículo 24 de la CE.

La contrarreforma operada por la LO 4/23, de 27 de abril, además de los problemas de seguridad jurídica que crea, carece de efectos retroactivos por imperativo constitucional, por lo que no se impedirán que continúen las rebajas de penas y las excarcelaciones, ni modifica en nada el uso excepcional y moderado que debe hacerse de la prisión provisional en esta clase de delincuencia.

6. Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, *Revista de Pensamiento Jurídico* “Teoría y derecho”, n° 1. Editorial Tirant lo Blanch. 2007.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica* n° 13. 1997.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, dentro de la revista “Detención y prisión provisional”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. 1996.
- ASENCIO MELLADO, J. “El proceso penal con todas las garantías”. *Ius Et Veritas*, 16(33). 2006.
- CARUSO FONTÁN, V., “¿Solo sí es sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”. *Diario La Ley*. Sección Doctrina. N° 9594. 2020.
- CERRATO GURI, E. y CASANOVA MARTÍ, R. “La prueba de los delitos sexuales en caso de ausencia de consentimiento y su valoración judicial”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit.
- CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SALA SEGUNDA. ACCESIBLE EN: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- DEL MORAL GARCÍA, A. “Una década de reformas penales. Análisis de 10 años de cambios en el Código penal (2010-2020)”. (Prólogo). Editorial Bosch. 2020.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, D. A. “El ADN. Pieza decisiva en la resolución de casos criminales”. Autoedición.
- FERRAJOLI, L. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta. 1995.
- FERRAJOLI, L. “El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal”. Editorial Trotta. 2018.
- GREVI, V. “Libertà personale dell’imputato e costituzione”. Editorial Giuffrè. 1976.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, de la obra colectiva: *Comentarios a la ley de “solo sí es sí”*: *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. AGUSTINA. J. R. (Coord.). Editorial Atelier. 2023.
- MAGRO SERVET, V. “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual”. *Diario La Ley*, n° 10133. 2022.
- OLALDE GARCÍA, A. “Reflexiones sobre las consecuencias de la entrada en vigor de la ley del “solo sí es sí””. *Diario La Ley*, n° 10180. 2022.
- RAMOS RIBAS y FARALDO CABANA “¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit.
- SIMÓN CASTELLANO, P. “El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España”. *Revista Penal México*, n° 18. 2021.
- TOMÉ GARCÍA, J. A.. “La ley del ‘solo sí es sí’ : consentimiento sexual y carga de la prueba”. *La Ley Penal* n° 159. 2022.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E. “Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la LO de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/22)”, de la obra colectiva *Comentarios a la ley “solo sí es sí”*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/22, de 6 de septiembre*. Op. Cit.

El mal menor: polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito*

Daniel Sansó-Rubert Pascual

*Prof. titular de Derecho Constitucional
Universidad Europea (Madrid)*

RESUMEN: La percepción social del incremento de la delincuencia, sumada al sentimiento de desprotección ante el delito, suscita una fuerte aversión hacia el delincuente. Consecuentemente, la intolerancia al riesgo de las sociedades ha desatado una querencia en favor del discurso totalizante de la seguridad. Así, el mantenimiento de la seguridad debe constituir el fin del Estado y el objeto de su actividad. Las estrategias de seguridad frente al delito articuladas en base a la teorización del mal menor han cobrado renovado protagonismo en su afán de proteger los derechos, las libertades y el bienestar de los ciudadanos. Su legitimidad legal inicial se diluye cuando su articulación y desarrollo se ejecuta tratando de eludir la debida sujeción a los controles jurídico-constitucionales, amparándose en la máxima latina *salus reipublicae suprema lex*, esto es, que la seguridad del Estado debe ser la ley suprema. En nombre de la seguridad del pueblo, se asume el sacrificio de las demás leyes. Cuestión que podría interpretarse como la pretensión de excluir del ámbito de control jurídico todo lo concerniente a la seguridad. Sin duda, una temática no exenta de debate.

PALABRAS CLAVE: delito, delincuente, delincuencia, seguridad, política, mal menor, derechos.

ABSTRACT: The social perception of the increase in crime, added to the feeling of lack of protection in the face of crime, arouses a strong aversion towards the delinquent. Consequently, the risk intolerance of societies has unleashed a desire in favor of the totalizing discourse of security. Thus, the maintenance of security must constitute the purpose of the State and the object of its activity. Security strategies against crime articulated based on the theorization of the lesser evil have gained renewed prominence in their desire to protect the rights, freedoms, and well-being of citizens. Its initial legal legitimacy is diluted when its articulation and development is carried out trying to avoid the due subjection to legal-constitutional controls, relying on the Latin maxim *salus reipublicae suprema lex*, that is, that the security of the State must be the supreme law. In the name of the safety of the people, the sacrifice of the other laws is assumed. Question which could be interpreted as the claim to exclude everything related to security from the scope of legal control. Undoubtedly, a subject does not exempt from debate.

KEYWORDS: crime, delinquent, delinquency, security, politics, lesser evil, rights.

* Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación PID2020-117403RB-100, titulado, "Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos", concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España).

SUMARIO: 1. Un panorama de seguridad confuso. 2. Polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito. 3. La necesidad de acomodar las políticas de seguridad al marco democrático frente a las tentaciones del mal menor: un debate político en el seno de las democracias. 4. Conclusiones.

1. Un panorama de seguridad confuso

En la actualidad nos encontramos ante un mundo cambiante en el que los paradigmas y presupuestos tradicionales de la seguridad comienzan a tambalearse. La concepción *hobbesiana* de Estado, el presunto monopolio estatal de la fuerza y la configuración de las políticas y estrategias de seguridad ameritan una revisión y reestructuración¹ inaplazable para su acomodación a los desafíos presentes y, especialmente, futuros.

En concreto, en lo tocante a la criminalidad en sus distintas modalidades y fenomenologías, esta ha venido experimentando un incrementado sostenido acelerándose su proliferación en las últimas décadas, representando una amenaza para la seguridad, por cuanto puede tener capacidad para afectar a las estructuras y valores sociales, económicos o políticos y, por tanto, incidir sobre la estabilidad de los países a nivel mundial.² La violencia, la corrupción y sus manifestaciones relacionadas protagonizadas por la delincuencia inhiben el desarrollo sostenible y constituyen una flagrante violación de los derechos humanos. El deterioro de la seguridad, la prosperidad y el bienestar de los ciudadanos se plasma sensiblemente en el encogimiento de los espacios democráticos. La criminalidad, especialmente la organizada, representa la manifestación más cruda de los “poderes salvajes” de FERRAJOLI, corruptores de los principios de la vida política entendida democráticamente, socavando cualquier intento de configuración de un sistema constitucional que sea capaz de garantizar los dere-

chos básicos que sostienen la democracia como ordenamiento político de las sociedades.³ La problemática se agrava cuando en amplias zonas de sus respectivos territorios nacionales, urbanas o rurales, las autoridades no son capaces de salvaguardar los derechos de las personas.

Actualmente, casi el 80% de la población mundial vive en países con altos niveles de criminalidad.⁴ Delincuencia que, de no abordarse adecuadamente, termina arraigando en las sociedades en detrimento del mantenimiento del orden público y la paz social. Al tiempo que deslegitiman toda opción de organización y consolidación política democrática.⁵ En sintonía con esta afirmación el nivel de la relación entre criminalidad y el índice de libertad en el mundo es de carácter proporcional.⁶

Utilizando el conjunto de datos e indicadores desarrollados internacionalmente sobre delincuencia en el mundo⁷ es factible observar cómo la criminalidad está, de hecho, correlacionada con la paz y la fragilidad social e institucional. Para la seguridad, la prosperidad y el bienestar de los ciudadanos es necesario que estos estén bien protegidos frente al escenario de

³ FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta, 2011.

⁴ *Índice global de crimen organizado*, Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2021, pp. 32-44.

⁵ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Democracia sin democracia. El escudo constitucional contra el crimen organizado*, La Coruña: Colex, 2022.

⁶ Este índice clasifica a los países y territorios en función de sus derechos políticos y libertades civiles. En otras palabras, cuanto mayores son los derechos políticos y las libertades civiles de los ciudadanos de un país, menores son las probabilidades de que haya una presencia generalizada de actividad delictiva. *Índice global de crimen organizado*, cit., pp. 116-128.

⁷ El Índice de Paz Global (Global Peace Index) es un indicador que mide el nivel de paz y la ausencia de violencia de un país o región. Lo elaboran y publican desde el año 2007 el Institute for Economics and Peace junto a varios expertos de institutos para la paz y *think tanks* y el Centre for Peace and Conflict Studies, de la Universidad de Sydney, con datos procesados por la Unidad de Inteligencia del semanario británico The Economist; *Informe sobre las tendencias de la delincuencia a escala mundial*, Interpol, 2022, accesible en: https://www.interpol.int/es/content/download/19843/file/INTERPOL%20%20Annual%20Report%202022_SP.pdf

¹ Desde la Organización de Naciones Unidas (ONU), que califica a algunos países, especialmente de América Latina, Asia y África como países “bajo estrés” delictivo, se alerta periódicamente respecto de la entidad lesiva que representa la delincuencia y su carácter pluriofensivo, tanto para la seguridad de las personas, como para la estabilidad social, económica y política de las instituciones democráticas. A modo de ejemplo consultar: Naciones Unidas, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, 2010.

² *Índice global de crimen organizado*, Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 2021, pp. 116-123.

“paz insegura”.⁸ A lo que habría que sumar determinados factores como la existencia de conflictos sociales, la falta de confianza en las instituciones estatales, las fronteras permeables y las desigualdades sociales y económicas, que contribuyen a crear un entorno favorable para la proliferación del delito.

Reconducir esta realidad implica combatir la anomia y la impunidad de aquellos que transgreden la norma. Reto de por sí nada desdeñable, cuya dificultad se ve incrementada por el propio estadio evolutivo en el que nos encontramos: una fase intermedia de transición entre una etapa pasada prácticamente superada, propia de la política de confrontación de bloques de la Guerra Fría,⁹ pero cuyas reminiscencias aún golpean con fuerza, y de otra futura, caracterizada por conflictos de baja intensidad, amenazas híbridas, zonas grises de seguridad y conflictividad asimétrica, que no termina de eclosionar y definirse (nuevos escenarios de incertidumbre).

En este sentido, los delincuentes juegan con la ventaja que les proporciona el marco del conflicto asimétrico y su carencia de restricciones éticas y morales, mientras que las estructuras estatales de seguridad, a priori, tienen constreñida su capacidad de maniobra siempre sujeta a los respectivos marcos legales sobre cómo articular el empleo de la fuerza y, sobre todo, cómo obtener la legitimidad para ello.¹⁰ Al menos, por el momento, de forma generalizada.

2. Polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito

Partimos de la idea base de que el objetivo principal de cualquier estrategia que se pretenda adoptar frente al delito y las diversas modalidades de delincuencia aspira, al menos en teoría, a minimizar las consecuencias negativas asociadas a estas fenomenologías. Poner a disposición judicial a los partícipes, desarticular los grupos, redes y mercados existentes, al tiempo de

prevenir la implantación de otros nuevos. Pretende, en suma, ser un elemento de prevención que sirva para reducir el impacto presente y futuro de la delincuencia mediante la aplicación de políticas de seguridad pública anticipativas y disuasorias. Medidas preferentemente preventivas para evitar la materialización de la transgresión y, en caso de ser violados, medidas restaurativas que subsanen lo acontecido. Todo ello, sin perder de vista que las diferencias contextuales dentro de los países y entre ellos determinan inevitablemente la forma en que el crimen surge y se sostiene y cómo se puede eliminar.

El incremento de los niveles de inseguridad¹¹ previamente descritos, aparejado a la violencia, ha contribuido a establecer un clima social de miedo y percepción de inseguridad que, sumado a condiciones sistémicas de impunidad¹² (especialmente relacionadas con la criminalidad organizada), ha desembocado en un corolario de reivindicaciones sociales de políticas reactivas para acabar con la amenaza que suscitan dudas con respecto de su aplicación y alcance.

Ante esta tesitura, los políticos responsables de la seguridad, cualquiera que sea su inclinación ideológica, se ven impelidos a adoptar a menudo soluciones amparándose en la emergencia, los estados de necesidad o de tensión o recurrir directamente a la razón de Estado para atajar la problemática. Estrategias todas que, en base a cómo se lleve a cabo su implementación, suscitan dudas con respecto a su legalidad.

La argumentación recurrente empleada por las autoridades para su justificación y amparo ante la implementación de tales estrategias no exentas de costes democráticos pone el acento en la extrema gravedad de la situación, la peligrosidad inherente de los fenómenos criminales implicados y el desafío que estos representan. Con ello, persigue legitimar, a modo de

⁸ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Democracias bajo presión: estado, fuerzas armadas y crimen organizado en América Latina: ¿éxito o fracaso de la estrategia de contención militar?*, Madrid: Dykinson, 2017; Rivera Vélez, Fredy y Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Crimen organizado y seguridad multidimensional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

⁹ Baldwin, David A., “Security studies and the end of the Cold War”, *World Politics*, vol. 48, núm. 1, 1996, pp. 117-141.

¹⁰ Moloeznik, Pablo, “Seguridad y uso de la fuerza en el Estado contemporáneo”, *Revista del Centro de Estudios Latinoamericanos*, Universidad de Varsovia, núm. 6, 2004, pp. 29-36.

¹¹ Según los Informes de Desarrollo Humano de Naciones Unidas, la inseguridad es un reto compartido y un obstáculo para el desarrollo social y económico en todos los países. Recomendación políticas orientadas hacia la mejora de la calidad de vida de la población, con prevención del delito y la violencia por medio de un crecimiento incluyente, instituciones de seguridad y justicia eficaces, además de medidas para estimular la convivencia social, al tiempo que evidencia los problemas de la delincuencia y la violencia y ofrece importantes recomendaciones para mejorar las políticas públicas sobre seguridad ciudadana. “Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnóstico y propuestas”, *Informe de Desarrollo Humano (IDH) 2013-2014* y siguientes del Programa de Desarrollo de la ONU (PNUD).

¹² Consultar las últimas ediciones del *Índice Global de Impunidad*, elaborado por el Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ), Puebla, México.

El mal menor: polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito

justificación, las extralimitaciones en las que puedan incurrir y la adrogación motu proprio de poderes excepcionales para su combate “de manera eficaz”, a pesar de que el recurso a su empleo arbitrario o de forma abusiva represente un serio retroceso del Estado democrático de derecho. Aun cuando el objeto último sea la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.¹³ Con independencia de la bondad de su finalidad, representa la fragilidad del orden constitucional y la quiebra del propio Estado de derecho. Por lo tanto, debe existir un control jurídico. De lo contrario, cualquiera de estas opciones representaría, en su versión más descarnada, el triunfo del realismo político sobre el derecho.

El poder político, por inercia, como poder, trata de obtener para sí una autonomía e independencia para su actividad impensables en un Estado de derecho, cuya esencia se caracteriza por la sujeción de los poderes públicos a la respectiva Constitución y al resto del ordenamiento jurídico: el imperio de la ley propio del Estado constitucional de derecho.

Cuando los parámetros ordinarios de la seguridad y las medidas de excepción constitucionales estipuladas son insuficientes para atajar la amenaza criminal, el Estado se ve impelido a recurrir a otras estrategias de naturaleza extraordinaria. Su legitimidad radica en su naturaleza, cuyo auténtico fin es la defensa de la democracia, de las instituciones del Estado de derecho¹⁴ y del respeto por los derechos. La salvaguarda del orden existente en la sociedad y no otro.¹⁵ Consecuentemente, la emergencia no comporta el tránsito de un Estado de derecho a un Estado de poder, sino la adecuación del derecho a una situación excepcional, en el marco del modelo democrático. No debe entenderse como algo extraño al Estado de derecho, sino como un mecanismo de carácter extraordinario

que se necesita para su defensa.¹⁶ Se trataría pues, de una aplicación preferente, basada en el principio de *lex specialis*, de esta normativa extraordinaria frente a la normativa ordinaria, que rige en circunstancias normales.

Y de cómo se gestione dicha excepcionalidad, la democracia y el Estado de derecho resultarán fortalecidos o, por el contrario, se abrirán espacios de incertidumbre que el Estado deberá afrontar, no ya en el plano de la lucha contra la delincuencia, sino en la esfera de los derechos, libertades y garantías constitucionales, que imprimen el carácter constitucional a las democracias.

Cabe en este punto poner el énfasis en que toda acción que viole los compromisos fundamentales con la justicia y la dignidad —como la tortura, la detención ilegal o el asesinato selectivo— deberían ser totalmente inaceptables. Pero, si bien la dificultad no radica en definir estos límites teóricamente, la problemática reside en protegerlos en la práctica: lograr mantener a la democracia a salvo tanto de las actividades delictivas como de nuestro propio celo en su protección. No hay que perder nunca de vista el hecho de que toda persona, incluyendo a los infractores de la norma, tiene derechos y que estos no dependen de la reciprocidad o de la buena conducta.

Cuando las democracias luchan contra la delincuencia están defendiendo la máxima de que su vida política debería estar libre del delito y la violencia. Pero derrotar a los criminales puede exigir violencia y también coacción, engaño, secreto y limitación de derechos. ¿Cómo pueden las democracias recurrir a estos medios sin destruir los valores que defienden?, ¿cómo pueden recurrir al mal menor sin sucumbir al mayor?

Desde este punto de vista, se debate la limitación o suspensión de derechos como medida efectiva de lucha contra la criminalidad. Actualmente, las razones de seguridad son uno de los motivos habitualmente esgrimidos para limitar derechos, lo cual suele estar previsto en el derecho positivo. Son múltiples las normas que citan la seguridad como justificación de posibles restricciones.¹⁷ Las excepciones, *a priori*, no

¹³ Clavero, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos (CEP), 1991, p. 12.

¹⁴ Nohlen, Dieter, *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 73-74; Alzaga Villamil, Óscar, *et. al., Derecho Político español según la Constitución española de 1978*, vol. II, Madrid: CERA, 1998.

¹⁵ Revenga Sánchez, Miguel, indica que “lo que dota de sentido a las medidas excepcionales es su carácter limitado en el tiempo y su función de instrumento para la recuperación de la normalidad”, en “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007, p. 61.

¹⁶ Goig Martínez, Juan Manuel, “Defensa política de la constitución. Emergencia, excepcionalidad y democracia”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VIII, núm. 2, 2014, pp. 11-39.

¹⁷ Sirvan como ejemplo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los artículos 8, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades

destruyen la norma siempre que sean temporales, estén suficiente y públicamente justificadas y sean empleadas solo en último recurso.

Partimos de la idea base de que todos los países son en mayor o menor medida, vulnerables a la actividad criminal cualesquiera de sus variantes. En consecuencia, el debate gira en torno a qué enfoque debe primar o qué estrategias deben establecerse para abordar una realidad compleja y poliédrica, caracterizada por la convergencia de escenarios de convivencia de amenazas tradicionales con otras de naturaleza híbrida,¹⁸ a lo que hay que añadir la creciente pérdida del monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado, al tiempo que los denominados “actores armados no estatales”¹⁹ recrudescen su uso.

En este sentido se cuestiona si las medidas de lucha contra la delincuencia adoptadas por algunos Estados vulneran sistemáticamente normas y derechos fundamentales, en virtud de la máxima maquiavélica de que el fin justifica los medios, son asumibles por un Estado de derecho. El debate se centra en si hay actuaciones y medidas que sean condenables sin más.

Los que consideran que lo más importante son las consecuencias, argumentan que las medidas que as-

piran a salvar vidas y a proteger la seguridad de los ciudadanos no pueden ser malas si realmente logran hacerlo, y que son erróneas solo si no funcionan. Por el contrario, otros se posicionan en que determinadas medidas, especialmente las más expeditivas, son indefendibles, aunque funcionen: torturar a alguien para revelar un complot terrorista constituye un comportamiento reprochable, independientemente de la utilidad de la información que se extraiga.

Finalmente están los que abogan por una tercera postura a mitad de camino, que sostiene que las consecuencias de la actividad delictiva pueden revestir tal trascendencia, que podría merecer la pena soslayar e incluso transgredir derechos para obtener una información vital que permita neutralizar el peligro antes de que ocasione el daño.

La mejor manera de reducir los daños es mantener una clara distinción de aquello que puede estar justificado por la necesidad, la obligatoriedad de estar estrictamente dirigidas a un objetivo concreto, ser aplicadas restrictivamente, empleadas como último recurso y estar sometidas al escrutinio contradictorio de un sistema democrático abierto. Se trataría de una postura que daría por buena la tesis de que lo que funciona no siempre es lo que está bien, y lo que está bien no siempre funciona.

Muchas democracias han adoptado distintos instrumentos normativos que han incidido de forma abiertamente restrictiva en el ejercicio de determinados derechos fundamentales y, en no pocos casos, han supuesto una auténtica conculcación de derechos fundamentales como la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, la intimidad, el secreto de las comunicaciones telefónicas o a través de Internet, entre las más destacables.

Han aumentado los poderes y facultades de los servicios de inteligencia y la policía, y han afectado de manera singular al estatus jurídico de los extranjeros residentes en sus territorios, quienes, en ocasiones, han visto cercenados sus derechos más fundamentales de una forma absolutamente arbitraria. En muchos de estos casos, las medidas adoptadas superan incluso a la legislación de excepción, por lo que, a la vista de los peligros que para el Estado de derecho entrañan algunas de las iniciativas instauradas por las nuevas estrategias de lucha contra el delito, cabe plantearse hasta qué punto, si el propósito de combatir la delincuencia es la defensa de las libertades y el fortaleci-

Fundamentales, donde se habla de la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito; el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que alude a las exigencias del orden público en las limitaciones establecidas por ley para el ejercicio de los derechos.

¹⁸ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Terrorismo, seguridad y retraimiento democrático. El declive del Estado de derecho constitucional*, Madrid: Dykinson: 2022.

¹⁹ Bajo el rubro de “actores armados no estatales” tienen cabida figuras tan dispares entre sí como las estructuras de criminalidad organizada (piratería, bandas criminales —BACRIM—, pandillas juveniles y maras); organizaciones terroristas y movimientos de liberación nacional; insurgencias y grupos opositores rebeldes; guerrillas; paramilitares y grupos de autodefensa; señores de la guerra, jefes de clan y grupos armados locales (milicias); mercenarios e incluso contratistas privados de seguridad, además de sus reinterpretaciones híbridas como las neo insurgencias, insurgencia criminal, protoinsurgencias, narcoterrorismo, narcoguerrillas, ejércitos privados criminales o paramilitarización criminal como Los Zetas, antes de adquirir plena autonomía como organización criminal, entre los más destacados. Para una mayor profundización en el concepto y sus tipologías consultar: García Guindo, Miguel: “Movimientos insurgentes: El papel, capacidades y respuestas de los Estados”, en *Revista Política y Estrategia*, núm. 123, 2014, pp. 35-52; VV. AA., “Actores armados no estatales. Retos a la seguridad”, *Cuaderno de Estrategia* núm. 152, Instituto Español de Estudios Estratégicos-Centro Mixto Universidad de Granada-MADOC, Madrid: Ministerio de Defensa, 2011; KRAUSE, Keith y MILLIKEN, Jennifer: “Introduction: The Challenge of Non-State Armed Groups”, en *Contemporary Security Policy*, vol. 30, Issue 2, 2009.

miento de la democracia, se puede recurrir a prácticas que supongan la adopción de medidas drásticas. Entendiendo estas como un mal menor en comparación con el resultado lesivo de la actividad delictiva.

Pero su necesidad no impediría que siguiera estando mal, aunque pudiese justificarse en última instancia por la existencia de un estado de necesidad. Esta tercera postura, la del mal menor, sostiene que la necesidad puede exigir que tomemos medidas en defensa de la democracia que se aparten de sus propios compromisos con la dignidad humana. Hasta el punto de que se ha generado todo un discurso que, recurriendo a la lucha contra las expresiones más graves de delincuencia como excusa, sitúa a los Estados en situaciones donde la sobre-reacción de la respuesta implica la quiebra de la democracia en favor de planteamientos cuanto menos iliberales.

No se debe ignorar que alegar razones de seguridad para limitar la libertad en general, o ciertos derechos en particular, a veces carece de justificación y oculta motivaciones en exceso restrictivas. En todo caso, como argumenta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cualquier iniciativa que comprenda la restricción de derechos podrá estar justificado o no en función de cómo se implemente y articule.²⁰

3. La necesidad de acomodar las políticas de seguridad al marco democrático frente a las tentaciones del mal menor: un debate político en el seno de las democracias

En un mundo tan complejo como el actual, los Estados demandan estrategias y herramientas que les ayuden a prevenir, reaccionar y a ser resilientes frente a los problemas asociados con la delincuencia, así como proporcionar a las víctimas del delito el apoyo y la asistencia que necesitan, especialmente las más sensibles, como los menores o las personas en situación de vulnerabilidad.

Actualmente, las sociedades reclaman la seguridad, la protección como si de un derecho fundamental se tratase. La seguridad ha dejado de ser una lejana garantía constitucional para convertirse en un bien o, incluso, en un derecho exigido por los ciudadanos. De ahí surge la demanda social de una nueva política de

seguridad dirigida al Estado y, quizá, de una oportunidad de una reforma constitucional del sector de la seguridad.

Siguiendo los postulados de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, hay que asumir la premisa de que la seguridad a cualquier precio se devalúa; requiere de una legislación adecuada para garantizar su eficacia y respeto a las libertades y derechos de los ciudadanos. Necesidades que llevan aparejadas como requisito indispensable una legislación funcional y suficientes mecanismos de control que delimiten el marco de actuación y las capacidades de maniobra en el ejercicio de los mecanismos destinados a la preservación y defensa del Estado, especialmente en lo tocante al uso de la fuerza pública, instrumento de especial sensibilidad constitucional. La acción del Estado generará más legitimidad en la medida en que el Estado mismo se conduzca bajo un irrestricto apego al derecho. Cualquier extralimitación, aunque pudiese acarrear éxitos en la contienda, fuera de los supuestos razonables de la razón de Estado democrática, resulta inadmisibles por contravenir el Estado constitucional de derecho mismo, que se busca consolidar.

La propia densidad del tema de los límites de los derechos provoca que haya posiciones doctrinales diversas. Las tipologías de límites que se pueden emplear son, por lo tanto, variadas y su explicación excede con mucho el propósito y orientación temática de este análisis.²¹ En todo caso, la clave de bóveda de todo este debate acerca del pretendido equilibrio entre libertad y seguridad podría encontrarse en la idea de proporcionalidad y, en consecuencia, en evitar que, derivado de la búsqueda de mecanismos de represión de la criminalidad, se acabe incurriendo en el favorecimiento de un retraimiento en términos democráticos de las opciones de disfrute de los derechos y libertades, cuyo reconocimiento e implantación tanto esfuerzo y sacrificio han costado, mermando con ello la calidad democrática.

Realidad que está generando una paradoja peligrosa al transformar de facto la excepción en regla. En palabras de AGAMBEN, “el estado de excepción tiende a presentarse cada vez más como el paradigma de gobierno dominante en la política contempo-

²⁰ Fernández Rodríguez, José Julio, “Transparencia y amenazas internacionales de seguridad”, *Revista Española de la Transparencia*, núm. 5, 2017, pp. 128-147.

²¹ Fernández Rodríguez, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible?: un análisis ante la realidad de Internet”, cit., pp. 13 y ss.; Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.

ránea²².” Más aún, de acuerdo con varios autores,²³ el panorama presente tras el reconocimiento del constructo “estados de tensión” ha derivado en la asimilación de una situación totalmente nueva: una excepción de larga duración que escapa a la dicotomía norma-excepción, con todo el peligro que esto conlleva para los procedimientos democráticos.²⁴ En definitiva, asumir la posibilidad de instaurar un escenario que no es reflejo ni de tiempos de normalidad, ni de tiempos de crisis, situándose en un punto intermedio de compleja delimitación.

En tal situación, la normalidad de la vida en el Estado se ve sometida a un peligro de naturaleza e intensidad en un grado extraordinario y constante que puede concretarse en cualquier momento con graves consecuencias para las personas y que da lugar a una sensación generalizada de inseguridad permanente. Sin embargo, dicho peligro no alcanza una intensidad puntual suficiente, sino que crea un estado de riesgo permanente para la estabilidad y el buen desempeño del sistema constitucional.²⁵ Tendencia que los constitucionalistas han descrito como una normalización del derecho excepcional o “normalización de la excepción”.²⁶ Se produce una perversión de los instrumentos constitucionalmente establecidos por una práctica y reconocimiento mal entendidos de las situaciones de excepcionalidad, al sucumbir a la presión generada por los ya citados estados de tensión criminal. En consecuencia, las medidas adoptadas impulsadas por la necesidad apremiante de responder a la presión delictiva lastran el fortalecimiento democrático al adoptar medidas de política criminal *ad hoc* que carecen, en su configuración, de las preceptivas garantías constitucionales, lo que dificulta su control

y el aseguramiento de que la normalidad retornará lo más rápidamente posible.

En esta línea argumentativa, REVENGA SÁNCHEZ advierte:

... cuando, en nombre de la seguridad, se vulnera un derecho, se produce una erosión en los cimientos del sistema que causa daños en ambos lados, en el de la libertad y en el de la seguridad. La pérdida de la libertad, por ocasional y aislada que resulte, es en definitiva algo que resta también peso al valor de la seguridad.

Y afirma, que “la seguridad nacional no puede, en suma, ser utilizada como válvula para interrumpir el despliegue normalizado del sistema de los derechos, sin producir al mismo tiempo inseguridad constitucional”.²⁷ La eficacia en esta tarea no debe cuestionar el debido respeto a los derechos fundamentales de los individuos: “la búsqueda de la seguridad no puede conducir al sacrificio de la dignidad de la persona, ni de los derechos que le son inherentes”.²⁸

Así las cosas, comúnmente se acepta que ciertas exigencias de seguridad pueden configurar límites legítimos (esto es, justificados y, por ende, aceptados en la teoría de la constitución) a los derechos fundamentales. Se puede afirmar, sin ánimo ahora de entrar en mayores profundidades, que no hay derechos fundamentales absolutos; todos tienen límites.²⁹ El reto reside en precisar correctamente estos límites en el desarrollo de las políticas de corte criminal y hacer un traslado adecuado de los mismos a la realidad práctica.

Sucumbir a las tentaciones propias de una sobre-reacción contra el delito, deslizándose hacia políticas de mano dura y tolerancia cero, impide la construcción de estrategias de seguridad democráticas a futuro. El principal error reside en la urgencia, acompañado de la deshumanización del delincuente, obviando que el combate a la criminalidad es un enfrentamiento *sine die*, que requiere de compromiso

²² Agamben, Giorgio, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-Textos, 2006.

²³ Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, *The Yale Law Journal*, núm. 113, 2004, p. 1039. Cole, David, Fabbrini, Federico, y Arianna Verdaschi (Eds.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*, Northampton, Edward Elgar Publisher, 2013; Posner, Richard, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York: Oxford University Press, 2006.

²⁴ Rosenfeld, M., “¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión”, *Análisis Real Instituto Elcano*, núm. 109, 2005.

²⁵ Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, cit., pp. 1039 y ss.

²⁶ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en tiempos de emergencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 249-263.

²⁷ Revenga Sánchez, Miguel, “Garantizando la libertad y la seguridad de los ciudadanos en Europa: Nobles sueños y pesadillas en la lucha contra el terrorismo”, *Parlamento y Constitución*, núm. 20, 2006-2007, p. 61.

²⁸ Lucas Murillo de La Cueva, Pablo, “Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004, pp. 71-110.

²⁹ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Democracia sin democracia. El escudo constitucional frente al poder del crimen organizado*, La Coruña: Colex, 2022.

El mal menor: polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito

político y políticas de Estado legítimas, no solo pragmáticas. Más represión no implica mayor seguridad y, aunque llegase a ser cierto, los costes en términos de calidad democrática son inasumibles.

Bien es cierto que a nivel teórico resulta imposible dar una respuesta general y definitiva, con capacidad para derivar vía método deductivo las respuestas concretas a toda la panoplia que la realidad ofrece. En todo caso, la clave de la seguridad democrática, la respuesta a los desafíos de la seguridad, debe venir de la búsqueda de un equilibrio desde la razonabilidad y la proporcionalidad.

Se plantean, pues, dos visiones de cómo abordar las estrategias de confrontación del delito: una pragmática y otra ético-jurídica.³⁰ Desde el primer planteamiento, los derechos son conveniencias políticas que establecen las mayorías para su propia defensa, y, por tanto, estas tienen potestad, a través de los gobiernos democráticamente electos, para recortarlos cuando la necesidad lo requiera. Frente a ello, los defensores de una visión de la democracia basada en los derechos argumentan que esta pierde todo su significado no solo para los individuos en situación de peligro, sino para todo el conjunto de la sociedad, si estos son revocables en situaciones de necesidad. Frente a esta argumentación, se esgrime que las democracias sobreviven en parte debido a que no permiten que los derechos sean un obstáculo para adoptar medidas enérgicas y que estas no impiden el retorno a los derechos en épocas seguras. Las medidas temporales no tienen por qué causar un daño permanente a la estructura constitucional de la democracia.

A una de las partes del debate le preocupa, por tanto, que una excesiva atención a los derechos constriña las posibilidades de respuesta de las democracias, y defiende que el interés de la mayoría debería triunfar sobre las libertades civiles de los delincuentes —en tanto que transgresores de las normas que conlleva a la ruptura del pacto social de convivencia pacífica y el respeto de los derechos del otro—, mientras que la otra insiste en que los recortes injustificados de derechos, aunque solo afecten a un número reducido de individuos, traicionan la propia identidad democrática. Para unos, los derechos son límites prudentes sobre la acción del gobierno revocables en épocas de peligro; en cambio, para los activistas de los derechos

fundamentales son compromisos irrevocables con la dignidad humana que deben limitar la acción de los gobiernos bajo cualquier circunstancia.

El desacuerdo se agrava en torno a la cuestión de si un país que se enfrenta a una emergencia de seguridad debería basar su política pública exclusivamente en su propia constitución, o si tiene alguna obligación de atender a lo que estipule el derecho internacional. Algunos sostienen que los compromisos de la democracia con la dignidad se limitan a sus propios ciudadanos y no a sus “enemigos”, frente a los que defienden que la democracia extiende su protección a todas las personas y no solo a los ciudadanos de un país, de modo que hasta los delincuentes extranjeros conservan sus derechos porque estos son inherentes al ser humano y, por lo tanto, irrevocables.

Se trata de ponderar entre la coherencia y la justicia, ya que para muchas víctimas del delito la venganza entendida como justicia exige que los delincuentes sean tratados como “enemigos de la raza humana”³¹ y se les deba tratar sin respeto alguno a sus derechos humanos; mientras que para los que discrepan lo que debe prevalecer es el sentido resocializador de la pena, frente al mero punitivismo del castigo y la condición humana a ultranza: los compromisos éticos de la democracia son universales, siendo aplicables tanto a los propios conciudadanos como a sus enemigos.

Frente a ello, los defensores de una visión de la democracia basada en los derechos argumentan que esta pierde todo su significado no solo para los individuos en situación de peligro, sino para todo el conjunto de la sociedad, si estos son revocables en situaciones de necesidad. Frente a esta argumentación, se esgrime que las democracias sobreviven en parte debido a que no permiten que los derechos sean un obstáculo para adoptar medidas enérgicas y que estas no impiden el retorno a los derechos en épocas seguras (recordemos que las constituciones no son un pacto suicida). Las medidas temporales no tienen por qué causar un daño permanente a la estructura constitucional de la democracia.

Es posible alcanzar el equilibrio trazando un camino intermedio entre una posición que defienda a ultranza los derechos humanos, que argumente la imposibilidad de justificar bajo ningún pretexto cualquier

³⁰ Ignatieff, Michael, *El mal menor, ética política en una era de terror*, Madrid: Taurus, 2004.

³¹ Para la idea de “enemigo de la raza humana”, véase Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Viking, Nueva York, NY., 1963 (hay trad. esp.: *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona: Debolsillo, 2004.

violación de estos, y una posición exclusivamente pragmática, que juzgue las medidas contra el delito solo por su eficacia.

4. Conclusiones

Los Estados, desbordados por la intensidad y fuerza de la amenaza conformada por la delincuencia, en no pocas ocasiones han recurrido a estrategias de seguridad de dudosa legalidad. La decisión de apostar por la consecución de resultados y la optimización de medios y capacidades ha supuesto la inobservancia del Estado de derecho y la claudicación de las mínimas exigencias de legalidad propias de un orden democrático constitucional.³² Su puesta en práctica ha dado pie a pluralidad de desmanes; en especial, la transgresión de los derechos fundamentales en nombre del orden constitucional que se pretende salvaguardar.

Sin duda, la concesión y duración de poderes excepcionales para los supuestos “períodos de tensión” resultan problemáticos, no en términos de mayor o menor legitimidad, sino con respecto al potencial de abuso en la invocación, contenido o la prolongación de dichos poderes,³³ así como en relación con el establecimiento y la salvaguarda del cumplimiento de los límites, que necesariamente deben tenerse en consideración para no incurrir en la total transgresión de los derechos más elementales.³⁴

La determinación a la prohibición o suspensión de derechos como medida de emergencia impone una

obligación sobre el Gobierno para que justifique públicamente tales decisiones, para que las someta a revisión judicial y para que las circunscriba a periodos determinados de tiempo con cláusulas de finalización, de forma que no se conviertan en medidas permanentes. Si bien es cierto que los derechos no fijan barreras insalvables bajo cualquier circunstancia, sí requieren que todas sus transgresiones sean analizadas mediante revisión contradictoria.

Por todo ello, no cabe, bajo ningún concepto, la adopción de tales medidas sin ningún tipo de cortapisas o mecanismos de control y/o revisión. Alcanzar la plena gobernabilidad democrática solo será posible si se transita por un camino de soluciones a la delincuencia ajustadas a acomodar la actuación del Estado al marco democrático.

La aspiración y la exigencia de las sociedades actuales a disfrutar de una seguridad total e incondicional se ha convertido en un tópico utópico. Por ello, ha empezado a transformarse en tendencia y a expandirse el planteamiento de concebir la seguridad como un fin en sí misma —un derecho—, requiriendo la concentración y enfoque de esfuerzos en aras de su materialización. Visión que postula conjugar su sentido instrumental, para lograr el máximo de libertad posible, con su valor final como derecho. Se plantea, por consiguiente, la sempiterna tensión, aparentemente irresoluble, entre la libertad y la seguridad.³⁵ Tensión que tiene sus orígenes en la tradición filosófica y política liberal que viene a defender que “sin seguridad, la libertad es efímera y transitoria”, y que “mientras que la libertad es lo que más desean las personas, su seguridad y la seguridad de la propiedad es la condición necesaria para que la libertad se realice”.³⁶ También hay que considerar, en el contexto de esta tensión, que un incremento de las medidas de seguridad no necesariamente reporta mayores niveles de libertad, a efectos de romper esa pretendida relación de causalidad de que, a mayor seguridad, mayores cotas de libertad, que no se corresponde necesariamente con la realidad.³⁷

³² La declaración de emergencia requiere de la concurrencia de determinadas circunstancias como la intervención del parlamento, su limitación temporal y, más importante aún, la identificación de aquellos derechos que podrían ser limitados y el alcance de dicha limitación. La definición legal del estado de emergencia tiene por objeto precisamente garantizar los derechos fundamentales y ofrecer la garantía de que el Estado no puede abusar de la situación y hacer ineficaz la parte más esencial de la Constitución. Serra Cristóbal, Rosario, “Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista: lo que el constitucionalismo y el derecho de la Unión Europea pueden ofrecer en común”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 487-503; Vilegas Delgado, César, “Desafíos actuales del Estado Constitucional: Estado de Derecho, derechos humanos y legalidad internacional ante la amenaza terrorista”, Julios-Campuzano de, Alfonso (Ed.), *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, Madrid: Dykinson-Caja Sol, 2017, p. 280.

³³ Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, cit., pp. 1.029-1.040.

³⁴ Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, 1984; Lafuentea Balle, José María, “Los estados de alarma, excepción y sitio”, *Revista de Derecho Político-UNED*, núm. 30-31, 1990, pp. 23-54.

³⁵ Bernuz Beneitez, M^a José y M^a José González Ordovás, “La levedad de la seguridad frente al caos”, Bernuz Beneitez, M^a José y Ana Isabel Pérez Cepeda (Coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, La Rioja: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2006, p. 19.

³⁶ Hudson, Barbara, *Justice in the Risk Society*, London: Sage, 2003, p. 40.

³⁷ Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Terrorismo, seguridad y retraimiento democrático. El declive del Estado de derecho constitu-*

El mal menor: polémicas medidas de seguridad pública y prevención del delito

Si bien es cierto que el Estado está legitimado para utilizar todos sus recursos en la lucha antiterrorista y que cercenar los instrumentos a su disposición constituye una mutilación insostenible que puede llegar a mermar la eficacia de los demás factores empleados, esta posibilidad no justifica en modo alguno el empleo de medios contradictorios con la normativa legal imperante en todo Estado de derecho.

Se trata de cambiar esta forma de hacer “política”, de tal forma que la base fundamental sobre la que articular el constructo de la política orientada a la prevención delictiva repose debidamente sobre una motivación más sólida: el equilibrio entre libertad y seguridad. Todo un clásico en el pensamiento y teoría jurídico-constitucional.³⁸

La libertad es el valor que sobresale incondicionalmente, de manera que el dispositivo de seguridad será válido en la medida en que asegure la libertad, los derechos y las garantías de los ciudadanos. Cuando la democracia se encuentra en mayor o menor medida consolidada, el valor “seguridad” se coloca en la cúspide: la exigencia de la seguridad como elemento principal del bienestar; el bien esencial es el “ser en seguridad”.³⁹ Concepción que implica interiorizar que la libertad sin seguridad es imposible y que la seguridad es libertad. La seguridad bien entendida es un presupuesto necesario para que se logre el máximo desarrollo de la libertad, lo que implica entenderla más allá de sus aspectos estrictamente materiales como garantía de libertad.⁴⁰

Por ello, combatir la delincuencia sin respeto hacia los principios y valores superiores que imperan

en nuestras sociedades es, de algún modo, una manera de garantizarse la derrota en esta lucha. No hay atajos frente al delito. En definitiva, todo se reduce a cómo alcanzar un ecosistema de seguridad sólido sin menoscabar el sistema democrático constitucional vigente. La búsqueda de la seguridad en clave democrática, no iliberal.

El objetivo por lograr: materializar unos niveles de seguridad genuina y efectiva fruto del esfuerzo común de todos los sectores de la sociedad. Los gobiernos, los cuerpos y fuerzas de seguridad, el sector privado, el educativo y los propios ciudadanos deben estar comprometidos, equipados, y adecuadamente conectados para establecer las capacidades de preparación y resiliencia frente a la delincuencia. Todo ello con especial atención a todas las víctimas, en particular las más vulnerables, y los testigos, al efecto de, una vez que el daño efectivamente se ha producido, evitar que este se perpetúe produciendo episodios de revictimización, así como reconduciendo la situación para reparar los derechos y bienes jurídicos vulnerados de forma integral y no solo meramente económica. Desde la convicción de que en la lucha contra la delincuencia deben imperar ciertos límites de naturaleza ético-jurídica globalmente consensuados como derechos fundamentales inherentes a toda persona, que no pueden ni deben sobrepasarse, exceptuando en determinados marcos de excepcionalidad, legalmente regulados.

Aceptar que va a combatirse con estas limitaciones ético-jurídicas quizás suponga restringir nuestra capacidad de emplear la violencia frente a un enemigo que, si bien es mucho más débil, es obvio que no va a imponerse ningún límite que no se derive de la escasez de sus recursos o de sus intereses estratégicos, y que va a actuar con abierto desprecio a cualesquiera otros de naturaleza moral, ética o legal. A pesar de esta aparente desventaja, las democracias demuestran así su fortaleza y supremacía frente al delito.

cional, Madrid: Dykinson: 2022.

³⁸ Fernández Rodríguez, José Julio, *Seguridad(es) en un futuro incierto un estudio jurídico-constitucional*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2020.

³⁹ Da Agra, Cândido (Ed.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 193-194.

⁴⁰ García Inda, Andrés y Susín Beltrán, Raúl, “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 55, 1995, p. 344.

La migración y los derechos humanos: algunos aportes del sistema

Paula Andrea Ramírez Barbosa

Universidad Católica de Colombia

RESUMEN: La migración es una realidad en la historia de la humanidad con diversas causas y características. Los movimientos migratorios requieren formas de protección diferenciada e individualizada para tratar a las personas en todas las etapas de los movimientos migratorio. El sistema interamericano ha destacado la necesidad de garantizar los derechos humanos de migrantes y la adopción de medidas de protección efectiva por parte de los Estados.

PALABRAS CLAVE: Migración, sistema interamericano, derechos humanos, Estados, migrantes.

ABSTRACT: Migration is a reality in the history of humanity with various causes and characteristics. Migratory movements require differentiated and individualized forms of protection to treat people at all stages of migratory movements. The inter-American system has highlighted the need to guarantee the human rights of migrants and the adoption of effective protection measures by States.

KEYWORDS: Migration, inter-American system, human rights, States, migrants.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La migración y los derechos humanos en el sistema interamericano: breve aproximación. 3. Reflexiones en torno a algunas de las decisiones del sistema interamericano y su impacto en la salvaguarda de los derechos de los migrantes. 3.1 Reconocimiento de las condiciones de vulnerabilidad de los migrantes. 3.2 El derecho de asilo y el principio de no devolución. 3.3 Derechos y primacía de las garantías de los niños en la migración. 3.4 Sobre la situación migratoria irregular y el debido proceso. 4. Conclusión. 5. Bibliografía. 5.1 Jurisprudencia, documentos e informes.

La migración y los derechos humanos: algunos aportes del sistema

Casi una de cada ocho personas es migrante, y en total hay cerca de 1000 millones de migrantes en el mundo. La migración afecta enormemente la salud y el bienestar, y los refugiados y migrantes continúan siendo uno de los grupos más vulnerables y desatendidos en muchos países.

TEDROS ADHANOM GHEBREYESUS, director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

RECORDANDO el carácter transnacional de la migración y la importancia de la responsabilidad compartida entre los Estados, y la necesidad de cooperar y dialogar para defender y proteger los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su situación migratoria; la necesidad de instituir políticas, leyes y prácticas integrales que privilegien a la persona y que estén basadas en los derechos humanos, incluidas las respuestas a movimientos migratorios grandes o mixtos, aplicadas por los Estados para abordar el fenómeno de la movilidad humana, y la aplicabilidad de los principios de no regresividad e inderogabilidad en todos los asuntos pertinentes.

Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

1. Introducción

La migración es un fenómeno global con diversas peculiaridades en atención a la zona del mundo donde se presenta, el momento histórico y las realidades políticas, económicas, sociales y jurídicas que caracterizan una realidad que ha ido en aumento.¹ En términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la movilidad humana comprende la migración internacional y la migración interna. La migración internacional precisa el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen,

con la intención de establecerse por un periodo de tiempo o de manera permanente en otro país del cual no es nacional; mientras que la migración interna se presenta cuando una persona o grupo de personas se desplazan de un lugar a otro del país del que es nacional, para establecerse allí por un periodo de tiempo o de manera permanente.²

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha destacado la existencia de un gran número de migrantes internacionales en diferentes zonas del mundo.³ La OIM define a un migrante como cualquier persona que se desplaza, o se ha desplazado, a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de 1) su situación jurídica, 2) el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento, 3) las causas del desplazamiento o 4) la duración de su estancia.⁴

El fenómeno migratorio lleva consigo causas y características diversas dependiendo de los lugares donde ocurren este tipo de flujos, también en atención al momento histórico y el avance de las variables demográficas que forjan una evolución social y económica producidas por la movilidad humana.⁵ De acuerdo con un Informe sobre las Migraciones en el Mundo del 2022 realizado por la OIM, se estima que el número de migrantes internacionales se ha incrementado en

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2015), "Movilidad humana y estándares interamericanos: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", pág. 11.

³ De acuerdo con la OIM, en 2015 el número de migrantes ascendió a 243,700,236, lo que representó el 3.3% de la población mundial. Cfr. OIM, World Migration Report 2018-, OIM, 2017, p. 15

⁴ Bajo el derecho internacional no existe una definición legal excluyente de quién es considerado migrante a los efectos de la protección de derechos humanos.

⁵ De acuerdo con la CIDH: "A lo largo de los años, la Comisión Interamericana ha observado cómo las causas y dinámicas de la migración han ido cambiando en los países de la región. En años recientes, la región ha evidenciado un aumento progresivo de los movimientos migratorios mixtos, entre los cuales se encuentran números significativos de personas que además de la protección de sus derechos humanos requieren protección internacional. En los países de las Américas, la migración forzada de personas, tanto interna como internacional, ha sido una de las principales consecuencias y estrategias de lucha derivadas de regímenes dictatoriales, conflictos armados internos, así como de la violencia generada por actores estatales y no estatales". En Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2015), "Movilidad humana y estándares interamericanos: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", pág. 18.

¹ Sobre el concepto de migración Cfr. CIDH, Movilidad humana. Estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, p. 124, y Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Glosario sobre migración, OIM, 2006.

las últimas cinco décadas. El total apreciado de 281 millones de personas que vivían en un país distinto de su país natal en 2020 es superior en 128 millones a la cifra de 1990 y multiplica la de 1970 (OIM ONU Migración, 2022).

En efecto, la migración debe vislumbrarse en los entornos que caracterizan la sociedad actual, como la globalización, los conflictos armados, las crisis económicas y los contextos de violencia que la potencian a escala internacional.⁶ Sin embargo, la migración internacional no es uniforme en todo el mundo, como consecuencia de factores económicos, geográficos y demográficos y por la naturaleza que conforman los patrones de migración, como los “corredores” migratorios, que representan una acumulación de movimientos migratorios a lo largo del tiempo, entre otros (OIM ONU Migración, 2022).

2. La migración y los derechos humanos en el sistema interamericano: breve aproximación

El derecho internacional de los derechos humanos, el sistema universal y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos han evolucionado y demarcado la necesidad de una eficaz salvaguarda al interior de los Estados en lo que respecta a los derechos de los migrantes. Lo anterior, tomando en consideración entre otros elementos, las garantías previstas en diversas normas supranacionales cuyo contenido

⁶ Para la CIDH, “entre las múltiples causas que generan la migración de personas, el accionar del crimen organizado es actualmente uno de los principales generadores de migración forzada en varios países de la región. Asimismo, las desigualdades sociales, económicas y demográficas entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, ya sea en términos de oportunidades de empleo, recursos, educación y derechos humanos, representan otras de las causas fundamentales de la migración internacional e interna. La Comisión también ha tenido conocimiento de situaciones en las que proyectos de desarrollo en gran escala, también conocidos como megaproyectos, industrias de extracción minera y agrícola y economías extractivas no tradicionales han causado la migración forzada de personas. Igualmente, el impacto del cambio climático y de desastres naturales son otras de las causas que están conllevando a que muchas personas no tengan otra opción más que migrar de sus lugares de origen. Principalmente, se trata de personas que ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad por otras múltiples causas, pues generalmente viven en condiciones de pobreza y no tienen garantizados sus derechos económicos, sociales y culturales, y por ello suelen verse forzadas a migrar”. En Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2015), “Movilidad humana y estándares interamericanos: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, pág. 18.

cobijan los derechos de los migrantes, entre las que se destacan principalmente: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo; los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, los Trabajadores Migrantes, y sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes; la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, incluido el Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, y otros instrumentos regionales e internacionales relevantes.⁷

Sin lugar a duda, pese al extenso marco normativo internacional relacionado con la migración, este fenómeno continúa siendo un desafío de enormes dimensiones para los Estados, particularmente en lo que se refiere con la observancia de los deberes y el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los sistemas internacionales y regionales de protección. Lo anterior, en concordancia con la obligación que tienen los Estados de proteger los derechos humanos de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

De lo anterior se deriva el impacto que a nivel regional han tenido los precedentes judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que se han visto reflejados en su jurisprudencia, la cual ha contribuido al reconocimiento y cumpli-

⁷ Véase los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

La migración y los derechos humanos: algunos aportes del sistema

miento de las garantías de los derechos de los migrantes por parte de los Estados. En efecto, sus decisiones son instrumentos útiles que han sido invocados ante los tribunales nacionales para efectivizar derechos de los migrantes en diversas zonas de la región. De igual forma, sus providencias representan estándares que definen y precisan las obligaciones de los Estados en materia de migración y derechos humanos y, por ende, han sido una herramienta fundamental para la transformación de las políticas públicas en diversos países favoreciendo el reconocimiento de los derechos de los migrantes.

La Corte IDH, como órgano jurisdiccional instituido para la protección de los derechos humanos en el continente en el ejercicio de sus funciones contenciosas, consultivas y cautelares, ha aportado una gran variedad de criterios en materia de derechos humanos de los migrantes bajo la interpretación de la Convención Americana y de otros tratados. Por tanto, ha sido un instrumento oportuno y garantista frente a la violación de derechos humanos de los migrantes, cuando estos no han sido garantizados o han resultado vulnerados por los Estados.

De otro lado, merece la pena destacar los aportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el reconocimiento de los derechos de los migrantes, dentro del que resaltamos por su importancia la designación de un relator sobre los trabajadores migrantes y los miembros de su familia.⁸ En consecuencia, desde 1997 su designación ha resultado en una estrategia relevante para concientizar a los países miembros de la OEA sobre el respeto de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias. Además, la intervención del relator ha producido la expedición de diversas recomendaciones y la presentación de informes, estudios y comunicados, en los cuales se da cuenta de la violación de los derechos de los trabajadores migrantes.⁹

A su vez, es preciso destacar cómo la CIDH está encargada de examinar las peticiones presentadas por las personas sometidas a la jurisdicción de alguno de

los Estados parte, concernientes a la violación de normas convencionales en el marco del procedimiento de determinación de la responsabilidad internacional del Estado.¹⁰ Tratándose de los derechos de los migrantes, son varios los casos de violación de los derechos de una persona o de grupos de personas migrantes que han sido llevados ante el sistema interamericano con consecuencias de diverso alcance.¹¹

Adicionalmente, es preciso subrayar los avances significativos que ha tenido la comisión en este ámbito relacionados con la publicación de un informe sobre estándares interamericanos acerca de personas en situación de movilidad, particularmente, refiriéndose a los colectivos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos.¹² En efecto, la CIDH ha adoptado una serie de medidas de diverso orden como el sistema de casos, las medidas cautelares, los informes sobre países y temáticos, y las visitas a los Estados, que han propiciado cambios específicos en la salvaguarda de los derechos de los migrantes a nivel regional.¹³

Para los efectos de este artículo nos centraremos únicamente en algunas decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus aportes en el reconocimiento y garantía de los derechos de los migrantes.

⁸ Por medio de las resoluciones AG/ RES 1404 XXVI-O /6 y AG/ RES 1480 XXVII-O/97.

⁹ Las funciones del relator son similares a las de los órganos del sistema universal de protección de derechos humanos, particularmente en lo que tiene que ver con la descripción y promoción de los derechos de los migrantes en sentido amplio, la denuncia de malos tratamientos en su contra y la visibilización de casos particulares o de grupos migrantes que necesitan de una protección especial, por ejemplo, las mujeres y los niños migrantes.

¹⁰ CASTRO FRANCO, A, "La gobernanza internacional de las migraciones: De la gestión migratoria a la protección de los migrantes". Nueva edición [en línea]. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2016 (generado el 29 junio 2023). Disponible en Internet: <<http://books.openedition.org/uec/1427>>. ISBN: 9789587726282. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.uec.1427>.

¹¹ El caso que ha involucrado al mayor número de migrantes fue ciertamente el presentado en 2001 ante la CIDH. Se trata de la petición presentada en 1987 a nombre de un grupo de 335 residentes cubanos miembros de la "flotilla libertad" retenidos en Estados Unidos por inmigrar de manera irregular desde 1980. CIDH, Informe de fondo No. 51/96, asunto 10.675, Personas Haitianas – Haitian Boat People – (Estados Unidos), 13 de marzo de 1997.

¹² CIDH, Movilidad Humana: Estándares Interamericanos: Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata y desplazados internos: normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos, Washington, D.C., 31 de diciembre 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.

¹³ GONZALEZ MORALES, F, "El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad", disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37887.pdf> Consultado 6/29/2023.

3. Reflexiones en torno a algunas de las decisiones del sistema interamericano y su impacto en la salvaguarda de los derechos de los migrantes

El Estado puede ser responsable por las acciones y omisiones en cuanto a su sistemática política discriminatoria legislativa en materia migratoria, así como cuando se trata de violaciones continuas a derechos humanos en perjuicio de migrantes. La migración en contextos reales suele asociarse con las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los migrantes cuando se ven obligados a dejar el país de su nacionalidad y solicitar protección en otro Estado, luego de haber sufrido violaciones a sus derechos humanos.¹⁴

La Corte IDH ha reconocido los derechos humanos de los migrantes en igual dimensión que los nacionales de los Estados, salvo excepciones concretas como el ejercicio de sus derechos políticos o al ejercicio de la libertad de circulación, que no pueden desconocerse inclusive en aquellos casos donde los migrantes se encuentren en situación administrativa irregular.¹⁵

En efecto, los Estados tienen la obligación de promover, proteger y garantizar los derechos de los migrantes, previniendo las prácticas discriminatorias, privaciones ilegales de su libertad, expropiaciones ilegales y abusos en el marco de los procesos de deportación y expulsión, entre otros. Para lo cual, deben desarrollar e implementar políticas específicas que garanticen la observancia de los derechos de los migrantes, en atención a las normas que hemos relacionado con anterioridad y que les resulten exigibles.¹⁶

¹⁴ OLEA RODRIGUEZ, H. M., “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad* N.º 9, octubre 2015 – mayo 2016, pp. 249-272.

¹⁵ CASTRO FRANCO, A., Capítulo III, “La protección de los migrantes en el marco del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos In: La gobernanza internacional de las migraciones: De la gestión migratoria a la protección de los migrantes”, [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016 (generado el 02 juillet 2023). Disponible en Internet: <<http://books.openedition.org/uec/1480>>. ISBN: 9789587726282. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.uec.1480>.

¹⁶ Sobre el particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo los auspicios de su Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019) ha destacado expresamente “la obligación de los Estados de proteger los derechos de todas las personas, inde-

Las decisiones de la Corte IDH son un instrumento para interpretar el alcance de los derechos convencionales dentro del sistema un control de convencionalidad que obliga a todas las autoridades que cumplan funciones jurisdiccionales en los Estados miembros. Lo cual se ve representado en las acciones que emprendan los Estados para que sus políticas migratorias se ajusten a los estándares impuestos por la corte a través de su jurisprudencia.¹⁷

A continuación, nos proponemos analizar algunos de los aportes más significativos de las providencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia migratoria. Lo cual no pretende ser un estudio exhaustivo, sino que busca resaltar aspectos esenciales de esta materia en el desarrollo de la jurisprudencia interamericana y otras decisiones con especial relevancia en los derechos humanos de los migrantes.

3.1 Reconocimiento de las condiciones de vulnerabilidad de los migrantes

El concepto de vulnerabilidad ha sido utilizado por el sistema universal de derechos humanos para referirse a la situación de los migrantes.¹⁸ En el año 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas (UN) aprobó la resolución 54/166, la cual describe la vulnerabilidad como una condición en la que se encuentran los

pendientemente de su situación migratoria, de conformidad con la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica” o “Convención Americana”), la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”); la Convención Interamericana contra todas las Formas de Discriminación e Intolerancia; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

¹⁷ Esta figura fue establecida de manera definitiva a partir del caso *Almonacid Arellanos versus Chile* de 2006 y ha sido reiterada a partir de este momento por la jurisprudencia interamericana.

¹⁸ OLEA RODRIGUEZ, H. M., “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, op. cit. pp. 249-272.

La migración y los derechos humanos: algunos aportes del sistema

no nacionales al no residir en sus Estado de origen y al afrontar dificultades por las diferencias idiomáticas y culturales, problemas económicos y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen, debido a su situación migratoria irregular.¹⁹

Así, valga destacar aportes expresados por el Relator sobre los Derechos de los Migrantes, quien define la vulnerabilidad como una condición de ausencia de poder adscrita a individuos que no cumplen los requisitos para ser nacionales, y que deviene en impunidad para quien abusa de los migrantes.²⁰ De lo que se desprende la necesidad de adoptar políticas inclusivas que garanticen los derechos de los migrantes, las cuales deben orientarse a los aspectos esenciales de su desarrollo.²¹

De otra parte, puede indicarse cómo la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas ha destacado que los migrantes no son intrínsecamente vulnerables, con lo cual la vulnerabilidad a las violaciones de sus derechos humanos se produce como consecuencia de múltiples formas de discriminación, desigualdad y por la existencia de dinámicas estructurales y sociales que llevan a niveles de poder y disfrute de los derechos disminuidos y desiguales. Por lo tanto, con base en esta consideración es preciso estimar que la

situación de cada persona migrante debe evaluarse individualmente.²²

A su vez, la Corte IDH ha abordado la vulnerabilidad²³ en los procesos migratorios —internos e internacionales— de quienes cruzan las fronteras nacionales de manera formal y de quienes lo hacen sin contar con los documentos que acrediten su estancia legal en el país de tránsito o destino.²⁴ Así, se ha abordado la situación en que se hallan los familiares de los migrantes en general, y especialmente de los trabajadores migrantes indocumentados, los derechos de aquellos y estos, los problemas que surgen con motivo de procedimientos administrativos o judiciales en relación con migrantes y el gran flujo de recursos

¹⁹ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Orientación, ONU, Principios y directrices sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones vulnerables”, (2018).

²⁰ GARCÍA RAMÍREZ, S., “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuestiones constitucionales”, (41), 3-34. Epub 22 de abril de 2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13940>.

²¹ GARCÍA RAMÍREZ, S., desataca como la “CIDH señala que en el ámbito internacional existen dos grandes regímenes normativos que regulan la situación jurídica de los migrantes: por un lado, los regímenes específicos sobre la protección de apátridas, refugiados, víctimas de trata y desplazados internos, y por otro, el derecho internacional de los derechos humanos. Dentro del primer régimen se encuentran, entre otros instrumentos: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 1954; Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 1967; Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, 1975; Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 1999; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000, y Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala), 2009. En el segundo, entre otros instrumentos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos VIII y XXVII), 1948; Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 9o., 13 y 14), 1948; Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 2o., 3o. y 4o.), 1963; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12 y 13), 1966; Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 22), 1969, y Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 12), 1981. Sobre los derechos humanos de las personas migrantes en el derecho internacional, cfr. Calleros Alarcón, Juan Carlos (coord.), La protección de los derechos humanos de las personas migrantes: una guía para las y los servidores públicos, México, Centro de Estudios Migratorios-Unidad de Política Migratoria, 2012, pp. 57 y ss”.

¹⁹ “La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, debido a los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”. Sentencia de Ximenes Lopes v. Brasil, 4 de julio de 2006, § 103.

²⁰ BUSTAMANTE, J. (2002), “Immigrants vulnerability as subjects of Human Rights”, *International Migration Review*, Vol. 36, No. 2, pp. 333-354.

²¹ Así ha quedado consignado en: los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019), cuando ha destacado: “los movimientos migratorios requieren formas de protección diferenciada e individualizada para tratar a las personas en todas las etapas del desplazamiento internacional, incluidos aquellos que migran por razones humanitarias, económicas o medioambientales, los migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, beneficiarios de protección complementaria, víctimas de trata de personas, supervivientes de tortura, niños y adolescentes acompañados o no acompañados o separados de sus familias, mujeres, personas LGTBI, indígenas, retornados y cualquier otra persona que requiera protección internacional”.

económicos que estos hacen llegar a sus familiares en los países de origen —las denominadas “remesas”, que son cuantiosas y contribuyen significativamente a la economía familiar—. ²⁵

Como lo ha señalado García Ramírez, la jurisprudencia interamericana ha abordado los derechos de extranjeros sujetos a procedimientos penales, que deben contar con protección consular —esta figura en el marco del debido proceso, como garantía de defensa adecuada—; garantías indispensables en procedimientos migratorios; derechos humanos de los trabajadores migrantes indocumentados, que no pueden ser vulnerados por la normativa interna de los países de residencia o por las políticas adoptadas por estos en diversos rubros; derecho de buscar y recibir asilo u obtener la condición de refugiado; principio de no devolución; prohibición de expulsiones colectivas determinadas por motivos raciales; rechazo a la apatridia, y derechos de quienes se han visto desplazados de los lugares de su origen o residencia por diversos factores: económicos, políticos, delictivos, entre otros. ²⁶ Lo anterior ha estado acompañado de medidas provisionales para proteger a los migrantes —adultos o niños— de violaciones muy graves, inminentes, difícilmente reparables por otros medios. ²⁷

En cuanto al sistema interamericano, se ha reconocido la relación entre el fenómeno migratorio y los derechos humanos desde el año 2000 cuando se impartieron las medidas provisionales, en el caso conocido como el de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana. ²⁸ En este caso, se señala que las “expulsiones” o “deportaciones” masivas de haitianos o dominicanos de origen haitiano en territorio dominicano que se realicen sin

verificar su estatus migratorio bajo un procedimiento adecuado, constituye una práctica discriminatoria que pone riesgo la desintegración familiar, incluyendo a niños separados de sus padres. ²⁹

Puede destacarse, de igual forma, cómo en el año 2001 en el caso llamado *Ivcher Bronstein v. Perú* se abordó este aspecto considerando que la víctima era de origen judío naturalizado peruano, ante lo cual, la corte ordenó el restablecimiento de la nacionalidad peruana que le había sido despojada durante el gobierno del expresidente Fujimori. ³⁰

En el año 2002 la corte emite la Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, refiriéndose a la situación de los menores no solo nacionales de los Estados sino también migrantes, en condiciones de riesgo, ilegalidad o peligro, abandono, miseria o enfermedad. Ante este contexto, los menores suelen presentar problemas de adaptación familiar, escolar o social, además de que “se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte”. ³¹

También, en el año 2003 se emite la Opinión Consultiva No. 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. ³² La cual destacó aspectos relevantes como los siguientes:

1. El Estado es responsable por violación a Derechos Humanos en caso de tolerancia, creación, mantenimiento o promoción de situaciones discriminatorias. [...] “Los Estados, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo,

²⁵ GARCÍA RAMÍREZ, S, “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuestiones constitucionales”, (41), 3-34. Epub 22 de abril de 2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13940>.

²⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S, “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuestiones constitucionales” 2019, (41), 3-34. Epub 22 de abril de 2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13940>.

²⁷ Cfr. Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000, puntos resolutive 3-6, y Asunto *Wong Ho Wing*. Medidas Provisionales respecto del Perú. Resolución de la Corte del 28 de mayo de 2010, punto resolutive 1.

²⁸ Corte IDH, Asunto Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana v. República Dominicana, Medidas Provisionales, punto resolutive 9, Resolución de 18 de agosto de 2000.

²⁹ En efecto, en la providencia se indicó que los lugares residen las víctimas no fueron identificados geográficamente, por lo cual, la Corte no pudo desarrollar en este caso su jurisprudencia sobre la protección colectiva y difusa de grupos, grupos no determinados ni identificados individualmente, pero si determinables geográficamente.

³⁰ Corte IDH, *Ivcher Bronstein v. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 74, Sentencia de 6 de febrero de 2001.

³¹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A No. 17, 110. Opinión Consultiva oc-17/02 de 28 de agosto de 2002.

³² Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Serie A No. 18, Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

La migración y los derechos humanos: algunos aportes del sistema

proporcional, y no lesione los derechos humanos, por ejemplo, establecer mecanismos de control para la entrada y salida de migrantes, pero siempre asegurando el debido proceso y la dignidad humana independientemente de su estatus migratorio”. (Párrs. 104, 119).³³

2. El debido proceso debe existir en cualquier área, sea administrativa, penal, civil, laboral civil, fiscal o “de cualquier otro carácter” (Párrs. 121, 123, 124). El debido proceso debe operar en caso de ser la persona “deportada, expulsada o privada de su libertad”. El debido proceso constituye una norma *ius cogens* de derecho internacional la cual no puede derogarse aún en Estado de Emergencia (Párr. 126).
3. El sistema jurídico nacional, debe asegurar a todas las personas, sin restricción, un recurso efectivo que garantice sus derechos, independientemente de su estatus migratorio. (Párr. 107).
4. Los Migrantes se encuentran generalmente en situaciones de vulnerabilidad, esto incluye prejuicios culturales, étnicos, xenofobia, y racismo, lo cual impide que los migrantes se integren a la sociedad y las violaciones a sus Derechos Humanos queden impunes. “Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”. (Párrs. 112, 113, 114).
5. Los Estados deben garantizar los derechos laborales de personas migrantes tanto en la esfera pública como privada, aún se encuentren en situaciones de ilegalidad, y no deben ser discriminadas por su situación irregular. Y es que los trabajadores indocumentados se encuentran en situación de vulnerabilidad y son objeto de discriminación; por lo que sus derechos deben ser garantizados (Párrs. 136, 138, 148, 149, 160).

³³ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Serie A No. 18, Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Por otro lado, en el 2005 se conoció el caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana, el cual fue el primer precedente de la corte frente al tema de apatridia, discriminación por razones de nacionalidad y acceso a la educación. En ese caso se aborda cómo el Estado dominicano ejerció discriminación por razones de nacionalidad al negar la emisión de actas de nacimiento a las menores que nacieron y crecieron en la República Dominicana de origen haitiano, y la forma como el Estado les negó su inscripción en la escuela local por carecer de dichas actas de nacimiento.³⁴

En la decisión se aborda la apatridia de menores pertenecientes a grupos vulnerables y el estatus de ilegalidad de los padres que no se transmite a los hijos. Además, consideró que a las niñas les correspondía la nacionalidad dominicana en virtud del principio *ius solis* de la Constitución dominicana de 2002 y en base al razonamiento de una nacionalidad efectiva.³⁵

Para la corte, además, la vulnerabilidad de las niñas se traduce en un contexto de discriminación de personas de origen haitiano en la República Dominicana, la falta de identidad, el riesgo de ser deportadas y ser separadas de su familia.

En otro caso, Gelman v. Uruguay del 2011, la corte aborda la situación de una mujer argentina víctima de desaparición forzada quien fue detenida ilegalmente en centros clandestinos de detención mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. En este contexto, la mujer fue trasladada por agentes militares a Uruguay sin ningún tipo de control migratorio; dio a luz a su hija, y la menor fue adoptada por una familia uruguaya, lo cual ignoraba la madre.³⁶ Ante lo cual la CIDH reconoce el estado de vulnerabilidad y discriminación de la madre embarazada y de su hija nacida, ignorándose el paradero de ambas. Por lo tanto, la corte sanciona al Estado, entre otras violaciones, por violación a la personalidad jurídica e identidad, integridad física, nacionalidad, la familia y los derechos de los menores.

³⁴ Corte IDH, Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana. Excepciones Preliminares; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, Sentencia 8 de noviembre de 2005.

³⁵ Corte IDH, Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana. Excepciones Preliminares; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, Sentencia 8 de noviembre de 2005.

³⁶ Corte IDH, Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

También destacamos el caso del 16 de febrero de 2011, en el cual la CIDH presentó la situación de Nadege Dorzema y Otros (Masacre De Guayubín) v. República Dominicana, en la cual se acusa al Estado dominicano de no haber procedido a la persecución y sanción de la ejecución extrajudicial de siete personas haitianas y un dominicano a manos de las Fuerzas Armadas. En este caso, también otras víctimas supervivientes haitianas fueron trasladadas arbitrariamente a centros de detención y deportadas sin un debido proceso judicial o administrativo.³⁷

En ese asunto se analiza la violación del artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado el contexto de “discriminación estructural” en contra de haitianos o personas de origen haitiano en la República Dominicana.

3.2 El derecho de asilo y el principio de no devolución

En el marco de lo contenido en los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes se consagra expresamente la protección internacional, entendida esta como la que ofrece un Estado o un organismo internacional a una persona debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o transgredidos en su país de nacionalidad o residencia habitual y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva.³⁸

La CIDH destaca en este ámbito que esta garantía comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier persona de nacionalidad extranjera con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular,

el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.³⁹

La protección internacional entonces es aplicable a los refugiados y solicitantes de asilo y a todas las acciones destinadas a asegurar el acceso igualitario y el disfrute de los derechos de mujeres, hombres y niños beneficiados. Adicionalmente, incluye las intervenciones de los Estados o de los organismos internacionales en el interés de las personas solicitantes de asilo y refugiadas para asegurar que sus derechos, seguridad y bienestar sean garantizados de acuerdo con los estándares internacionales.⁴⁰

En este aspecto particular valga relacionar el caso Pacheco Tineo vs. Bolivia de 2013 como un importante precedente en el derecho al asilo, el cual se encuentra contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) art. 22.7.⁴¹ En el estudio

³⁹ Ídem. Así por ejemplo el artículo 55 prevé que: “Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero, de acuerdo con la legislación y práctica de cada Estado y los instrumentos internacionales relevantes. Todo solicitante de asilo tiene el derecho de acceder a procesos justos y eficientes de determinación de la condición de refugiado cuando se encuentre bajo la jurisdicción, autoridad o el control efectivo de un Estado, aún si se encuentra fuera del territorio de tal Estado.

Ningún Estado podrá por expulsión, devolución, deportación, extradición o, en modo alguno, poner a una persona refugiada o solicitante de asilo en las fronteras de los territorios donde su vida, seguridad o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

⁴⁰ Los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

⁴¹ Olea Rodríguez, H, “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, op. cit, pp. 249-272. Los hechos se refieren a la familia peruana Pacheco Tineo, cuyos madre y padre fueron procesados por delitos de terrorismo, ambos estuvieron privados de libertad, y son víctimas en el caso Penal Castro vs. Perú, resuelto también por la Corte IDH en 2006. En 1994 el señor Pacheco y la señora Tineo fueron absueltos y quedaron en libertad. El año siguiente, la familia se trasladó a Bolivia donde el padre solicitó asilo y fue reconocido como refugiado. En 1998, el señor Pacheco firmó una declaración jurada de repatriación voluntaria, y salió hacia Chile, donde solicitó asilo y fue reconocido refugiado. En febrero de 2001, la familia Pacheco Tineo viajó a Perú porque pensó que podían regresar por documentos que les pedían en Chile para validar sus estudios, pero al sentirse en riesgo, resolvieron viajar a Bolivia, donde ingresaron de manera irregular. Al ser aprehendidos por las autoridades explicaron su situación y solicitaron les permitieran salir hacia Chile. La señora Tineo fue privada de la libertad, y solamente fue puesta en libertad con la presentación de un recurso de habeas corpus. La familia Pacheco

³⁷ Nadege Dorzema y Otros (Masacre De Guayubín) v. República Dominicana, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 95/08; Petición 1351-05. 22 de diciembre de 2008; Comunicado de Prensa No. 12-11, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³⁸ Véase los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

referido, la Corte IDH determinó que el Estado boliviano violó el derecho a las garantías judiciales y el derecho de asilo en los procedimientos migratorios y para el reconocimiento de la condición de refugiado que aplicó a la familia Pacheco Tineo. Además, determinó que se violó el derecho a la integridad psíquica y moral de los miembros de la familia, los derechos de los niños, y la protección a la familia, en dichos procedimientos (caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013: párr. 128- 160). La referida sentencia es muy importante porque desarrolla los elementos del debido proceso en el marco del proceso de asilo y el derecho de asilo, entre otros.⁴²

En cuanto al principio de no devolución o *non-refoulement*, contenido en el artículo 6, se expresa que ninguna persona será expulsada, devuelta, extraditada o trasladada de manera informal o entregada, de ninguna manera, puesta en las fronteras de otro país, sea o no de su nacionalidad, donde su vida o libertad peligren o donde sería sometida a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁴³

Por tanto, las personas que buscan asilo o que han sido reconocidas como refugiadas cuentan con la protección especial contra la devolución derivadas de las obligaciones del derecho internacional de los refugiados. Las excepciones al principio de no devolución de conformidad con el derecho internacional de refugiados se permiten solo en las circunstancias que expresamente prevé el artículo 33 (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y debe ser interpretado restrictivamente y en respeto al principio de proporcionalidad.⁴⁴

A su vez, en el mismo principio se indica que se prohíbe la devolución sin excepciones cuando existan razones sustantivas para creer que la persona estaría en riesgo de sufrir tortura u otro daño irreparable en el lugar al que sería transferida o devuelta. En consecuencia, los Estados deben respetar el principio de no devolución (*non-refoulement*), incluida la prohibición

Tineo presentó una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado en Bolivia, que fue rechazada. Posteriormente fueron expulsados a Perú, aunque las autoridades bolivianas habían acordado que las autoridades consulares chilenas les permitirían viajar a Chile. En Perú, el señor Pacheco y la señora Tineo volvieron a ser privados de su libertad durante cuatro meses.

⁴² Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 2013: párr. 128-160.

⁴³ Los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

⁴⁴ Ídem.

de rechazo en frontera y de devolución indirecta, respecto de toda persona que busca asilo u otra forma de protección internacional.⁴⁵

3.3 Derechos y primacía de las garantías de los niños en la migración

En el contenido de los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas se indica que el interés superior del niño, niña o adolescente debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a la niñez. Lo cual debe promover su desarrollo integral, sin discriminación alguna.⁴⁶

Este principio debe ser priorizado en el momento de diseñar políticas públicas y redactar leyes y regulaciones que se refieran a la niñez, así como a su aplicación en todos los ámbitos que afecten la vida del niño, niña o adolescente.⁴⁷ Por tanto, tal y como lo señalan los principios, cualquier política migratoria y decisión administrativa o judicial relacionada con la entrada, estancia, detención, expulsión o deportación de un niño, niña o adolescente o cualquier acción del Estado considerada en relación con algún de sus progenitores, cuidador primario o tutor legal, incluidas

⁴⁵ En el principio n.º 16 se indica expresamente que la devolución “en cadena” (devolución indirecta) al retorno de una persona a un país o territorio desde donde será devuelta a un país donde su vida, libertad o integridad personal están en peligro. Se respetará el derecho de no devolución de cualquier persona donde el Estado en cuestión ejerce jurisdicción, incluso cuando están dentro del territorio del Estado. Adicionalmente, se contiene que el término “territorio” incluye la superficie terrestre y las aguas territoriales de un Estado, así como sus puntos de entrada fronterizos de jure, incluidas las zonas de tránsito o zonas “internacionales” en los aeropuertos. La responsabilidad de un Estado de proteger a las personas contra la devolución es independiente de si la persona ha ingresado al país en un sentido legal y ha pasado el control de inmigración. En los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

⁴⁶ Los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

⁴⁷ Como lo señala el Principio 16: “las autoridades deben ser conscientes de los riesgos particulares a los que están expuestos ciertos grupos de población, en los cuales converjan uno o varios factores de discriminación y aumenten sus niveles de vulnerabilidad, incluidos aquellos que pueden ocurrir a lo largo de todo el ciclo migratorio, y aquellos que requieren atención especializada, debido a su alto nivel de vulnerabilidad, entre los cuales se encuentran, niños, niñas y adolescentes”.

las medidas adoptadas en relación con su condición de migrante, deben priorizar a la evaluación, determinación, consideración y protección del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado.⁴⁸

A su vez, es preciso destacar el informe de fondo en el caso Wayne Smith y Hugo Armendáriz, publicado en 2010. Se trata de una demanda presentada en nombre de los Sres. Wayne Smith y sus hijos y Hugo Armendáriz y sus hijos, con relación a la deportación de los Estados Unidos decidida en perjuicio de ambos a raíz de la aplicación de una ley que determinaba que las infracciones menores cometidas por estos constituían un delito grave, que ameritaba su expulsión.⁴⁹

La CIDH consideró que, dada la inexistencia de un mecanismo judicial para presentar su defensa por razones humanitarias y obtener una reparación adecuada, se habían violado los derechos a la justicia y al debido proceso, contenidos los artículos XXVI y XVIII de la Declaración Americana. Con relación al derecho a la vida familiar y derechos del niño (artículos V, VI, y VII de la Declaración Americana), la CIDH reiteró que los Estados tienen la facultad de controlar el ingreso y la permanencia de los no ciudadanos, pudiendo existir restricciones a los derechos individuales, en virtud del interés de la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.⁵⁰

No obstante, la CIDH sostuvo que, cuando las decisiones implican separación familiar, el criterio para limitar ese derecho debe ser restringido. Por lo que, en relación con los hechos presentados, el Estado violó los derechos de las víctimas, consagrados por los artículos V, VI, y VII de la Declaración Americana al no considerar de forma individual sus derechos a la vida familiar y los mejores intereses de sus hijos en los respectivos procedimientos de deportación.⁵¹

Es importante en este ámbito el caso Andrea Mortlock contra los Estados Unidos, en el que se analiza la situación de una jamaicana, residente regular perma-

nente en los Estados Unidos desde 1979. A pesar de que la señora Mortlock tenía dos niños estadounidenses y otros familiares directos en ese país, el Estado decidió su deportación por medio de una sentencia declarada *in absentia*, que había quedado firme por no haber sido apelada.⁵² La decisión estaba fundada en la condena por delitos no violentos —venta delictiva de una sustancia controlada—, vinculados a su adicción a la cocaína.⁵³

De igual forma, la Sra. Mortlock había contraído VIH-SIDA, por lo que, desde 1998, requirió tratamientos médicos frecuentes. Luego, tras haber sido detenida y puesta bajo custodia en tres oportunidades desde el año 2000 al 2005, el tratamiento requerido se discontinuó, con lo que se generó un deterioro inmediato de su salud.⁵⁴

La CIDH otorgó medidas cautelares, solicitando a Estados Unidos que se abstuviera de deportar a la Sra. Mortlock. También, la comisión reconoció la potestad discrecional del Estado para determinar sus políticas de inmigración; reiteró que, no obstante, se debe garantizar que la decisión contemple situaciones individuales, enmarcadas en el debido proceso legal y en el deber de respetar el derecho a la vida, a la integridad personal, el derecho de los niños y el derecho a la unidad familiar.⁵⁵

Por otra parte, en la Opinión Consultiva 21 de 2014, solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, los Estados solicitaron a la Corte IDH que determinara qué procedimientos deben adoptarse para identificar los niños de los niños migrantes, sus necesidades de protección y adoptar las medidas pertinentes.⁵⁶

⁴⁸ CIDH, “Andrea Mortlock contra Estados Unidos de América” Informe No. 63/08, CASO 12.534, Admisibilidad y Fondo, 25 de julio de 2008. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm>.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 14.

⁵⁰ CIDH, “Andrea Mortlock contra Estados Unidos de América” Informe no. 63/08, Caso 12.534, Admisibilidad y Fondo, 25 de julio de 2008, párr. 15.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 78.

⁵² En este caso los Estados preguntaron también cuáles eran las garantías del debido proceso en procedimientos migratorios que involucran niños; cuándo deben ser detenidos en dichos procedimientos cuando se encuentran con sus padres y cuando viajan no acompañados; qué medidas alternativas podrían tomarse en lugar de la detención; cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución al aplicarse a niños; cómo debe llevarse a cabo el procedimiento de asilo de un niño, y cómo se protege el derecho de un niño a no ser separado de sus padres en el contexto de una deportación. Olea en Rodríguez, H. M., “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en

⁴⁸ Los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

⁴⁹ CIDH, Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros vs. Estados Unidos de América, Informe No. 8110 Caso 12.562, Publicación, 12 de julio de 2010.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ CIDH, Wayne Smith, Hugo Armendáriz y otros vs. Estados Unidos de América, Informe No. 8110 CASO 12.562, Publicación, 12 de julio de 2010, párr. 64.

La migración y los derechos humanos: algunos aportes del sistema

En este caso la corte destaca que los Estados deben priorizar un enfoque de derechos humanos, incluyendo los derechos de los niños, por sobre consideraciones relativas a la nacionalidad o situación migratoria. Insistió en la vigencia y aplicación de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño: principio de no discriminación, principio de interés superior del niño, principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y principio de respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que lo afecte.⁵⁷ Adicionalmente, describe todos los elementos que deben incluir los procedimientos migratorios de niños, y enfatizó que es necesario identificar quiénes necesitan de protección internacional.⁵⁸

Este pronunciamiento es relevante porque desarrolló las garantías del debido proceso en los procedimientos migratorios, las cuales deben incluir:

- (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.⁵⁹

La Corte IDH limitó en gran medida las condiciones y los supuestos bajo los cuales los niños pueden ser privados de libertad, y desarrolló las características de las medidas de protección, el alcance y contenido del principio de no devolución y las características del proceso de asilo. Además, fijó que, en los procesos de expulsión de extranjeros miembros de familias mi-

grantes, debe mantenerse la unidad familiar, excepto que separarla sea la mejor forma de proteger el interés superior del niño o la niña, y se trate de una medida idónea, necesaria y proporcionada.

3.4 Sobre la situación migratoria irregular y el debido proceso

En el artículo 50 de los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019), se indica que todo migrante tiene derecho al debido proceso ante las cortes, tribunales y todos los demás órganos y autoridades de la administración de justicia en cualquier proceso legal conducente a la restricción o reconocimiento de sus derechos, así como ante funcionarios y autoridades específicamente encargados de la determinación de su situación migratoria.⁶⁰ Para lo cual,

⁶⁰ En el artículo 50 de los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019), se prevé expresamente que: “Los procesos de migración deben ofrecer al migrante, por lo menos, las siguientes garantías: a. Funciones de control migratorio desempeñadas por autoridades claramente identificadas por la ley para cumplirlas, incluidos funcionarios que estén facultados para solicitar y revisar la documentación; b. Información de su situación jurídica, proceso legal y derechos; c. Conducción de los procesos legales y apelaciones por una autoridad competente, independiente e imparcial; d. Protección de su información personal y del principio de confidencialidad. e. Notificación previa y detallada del proceso en el cual sea parte, sus implicaciones y posibilidades de apelación en un idioma y forma comprensibles para él; f. Derecho a comparecer sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer facultades judiciales, y a juicio dentro de un plazo razonable; analizar la legalidad de la detención o ser puesto en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso judicial; g. Asistencia de un traductor o intérprete sin costo (incluso en cualquier proceso relacionado con su situación migratoria); h. Asistencia y representación jurídica por un representante legal competente seleccionado por el migrante (incluso en cualquier proceso relacionado con su situación migratoria) y sin costo cuando este carezca de medios para costear una representación privada; i. Audiencia o entrevista personal sin demora, dentro de un plazo razonable y con los medios necesarios para preparar su defensa y para reunirse de manera libre y privada con sus abogados; j. Notificación de la decisión tomada en el proceso; k. Recepción de notificación escrita de la decisión debidamente fundada y razonada; l. Apelación de la decisión dentro de un plazo razonable y con efecto suspensivo; m. Notificación del derecho a recibir asistencia consular y tener acceso efectivo a ella, cuando el migrante así lo solicite con el fin de notificar a las autoridades consulares de su país de origen; n. Derecho de los solicitantes de asilo y refugiados a ponerse en contacto con un representante de ACNUR y con las autoridades de asilo; o. Exención de sanciones desmedidas

Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 9, octubre 2015 – mayo 2016, pp. 249-272.

⁵⁷ Opinión Consultiva 21, 2014: párr. 68-70.

⁵⁸ Opinión Consultiva 21, 2014: párr. 82-107.

⁵⁹ Opinión Consultiva 21, 2014: párr. 116.

los Estados deberán adoptar todas las medidas que sean convenientes para evitar retrasos innecesarios en los procesos administrativos y judiciales, a fin de no prolongar indebidamente el sufrimiento al recordar los sucesos vividos y promover un manejo adecuado del riesgo de retraumatización.⁶¹

La corte sobre este asunto ha puntualizado en la Opinión Consultiva 18, de 2003, la diferencia entre una distinción, fundada en criterios objetivos y razonables, y una discriminación, que carece de estos elementos. Para el alto tribunal:

... el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.⁶²

En el referido concepto, la corte resalta la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse los migrantes, particularmente aquellos que se hallan en situación irregular. Por tanto, los Estados no pueden discriminar a los migrantes o permitir que sean discriminados, pero puede establecer diferencias de trato entre migrantes autorizados o documentados y no autorizados o indocumentados, siempre que sean razonables, objetivas, proporcionales y no lesionen derechos humanos.⁶³

Consideró entonces la corte que, independientemente de su situación migratoria, los migrantes que son contratados para trabajar son titulares de derechos laborales.⁶⁴ La corte identificó situaciones que afectan particularmente a personas en el contexto de la migración, reconociendo en perjuicio de ellas la existencia de un mayor grado de exposición a trabajos forzados u obligatorios, al trabajo infantil y a condiciones inapropiadas para la mujer trabajadora. A su vez, entendió que los trabajadores migrantes con mayor

frecuencia ven vulnerados sus derechos a la asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización.⁶⁵

Concluyó que los trabajadores migrantes, que por tal condición se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los nacionales, poseen los mismos derechos laborales que estos, y que los Estados tienen la obligación de adaptar disposiciones de derecho interno que impliquen vulneraciones a derechos fundamentales.⁶⁶

En este ámbito, en el caso Loren Laroye Riebe Star contra México, que fue resuelto en el año 1999, se abordaron los hechos de detención ilegal y traslado por la fuerza para el sometimiento a interrogatorio sin las mínimas garantías de debido proceso de tres religiosos no nacionales residentes en Chiapas, por su implicancia en cuestiones de carácter político que dieron lugar a su posterior deportación.

El Estado hizo uso de la discrecionalidad tradicionalmente reconocida a los Estados para la admisión de extranjeros, pero la aplicó a personas que ya habían sido admitidas y se encontraban residiendo regularmente en el país. La CIDH precisó que

... el Estado Mexicano negó [...] la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos. Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas....

Finalmente, concluyó que el Estado violó las garantías de debido proceso, en contravención con el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), por lo que la expulsión de las personas afectadas resultó ilegal.⁶⁷

por cuenta de su entrada, presencia o situación migratoria, o por causa de cualquier otra infracción relacionada con la migración; y p. Aplicación de estas garantías, cuando corresponda, con sensibilidad frente a situaciones de trauma”.

⁶¹ Los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

⁶² Opinión Consultiva 18, 2003: párr. 101.

⁶³ Opinión Consultiva 18, 2003: párr. 119.

⁶⁴ Opinión Consultiva 18, 2003: párr. 147-149.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 157.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 158, 160, 167.

⁶⁷ CIDH, Informe de Fondo, Resolución N° 49/99, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz v. México, 13 de abril de 1999.

La migración y los derechos humanos: algunos aportes del sistema

En el caso Rafael Ferrer Mazorra y otros contra Estados Unidos, se analiza la situación de una migración colectiva, de aproximadamente 125 mil cubanos que, entre abril y septiembre de 1980, arribaron a la costa estadounidense en un Mariel, e ingresaron al país de destino sin la documentación requerida para su regularización.

La Comisión estableció “principios rectores”, conforme a los cuales sostuvo que la protección de los derechos consagrados en la declaración:

... se aplica a todos los individuos que estén bajo la autoridad y el control del Estado y debe ser otorgado a todas las personas sin distinción, de acuerdo con el derecho a igual protección de la ley consagrado en el artículo II de la Declaración.⁶⁸

De igual forma, consideró que la legislación interna en la cual se había basado el Estado para llevar a cabo la detención no reconocía el derecho a la libertad de las personas implicadas, y creaba una ficción de no ingreso por la cual se presumía la detención, con lo que las personas permanecían en un limbo jurídico inmutable, por lo que era incongruente con el derecho a la libertad consagrado en la declaración.⁶⁹

4. Conclusión

Como lo indicó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una obligación de los Estados proteger los derechos de todas las personas, independientemente de su situación migratoria, de conformidad con la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica” o “Convención Americana”), la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Pro-

toloco de San Salvador”); la Convención Interamericana contra todas las Formas de Discriminación e Intolerancia; la Convención Interamericana contra el Racismo, entre otros instrumentos.⁷⁰

A su vez, es preciso resaltar cómo se requieren formas de protección diferenciada e individualizada para tratar a las personas en todas las etapas de los movimientos migratorios, incluidos los migrantes que se ven motivados a buscar otros destinos por razones humanitarias, económicas o medioambientales, por mencionar algunas. Además, la necesidad de garantizar los derechos humanos de migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, beneficiarios de protección complementaria, prestando atención priorizada a las víctimas del crimen de trata de personas, supervivientes de tortura, niños y adolescentes acompañados o no acompañados o separados de sus familias, mujeres o cualquier otra persona que requiera protección internacional y una especial atención de los Estados para que sus garantías sean efectivas.⁷¹

En efecto, el sistema interamericano de derechos humanos ha destacado el carácter transnacional de la migración, la importancia de la responsabilidad compartida entre los Estados y la necesidad de cooperar y dialogar para defender y proteger los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su situación migratoria. Como también la necesidad de instituir políticas, leyes y prácticas integrales que privilegien a la persona y que estén basadas en los derechos humanos, incluidas las respuestas a movimientos migratorios grandes o mixtos, aplicadas por los Estados para abordar el fenómeno de la movilidad humana.⁷²

El sistema interamericano de derechos humanos aporta mediante sus decisiones criterios para garantizar los derechos de los migrantes frente a las violaciones de sus derechos humanos. Por ello, es deber de los Estados adoptar políticas públicas y acciones efectivas que proporcionen herramientas concretas ante la denegación de derechos civiles y políticos, como la

⁶⁸ CIDH, Rafael Ferrer-Mazorra, y otros. Vs. Estados Unidos, Informe No. 51/01 (informe de fondo), Caso No. 9903, párrafo 243 (4 de abril de 2001).

⁶⁹ Ibidem. párr. 219.

⁷⁰ Los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

⁷¹ Idem.

⁷² Los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

detención arbitraria, la tortura o la falta de garantías procesales y la discriminación a los migrantes.

A su vez, resulta relevante avanzar en una visión pública a nivel global que facilite la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud, la vivienda o la educación de los migrantes. Es fundamental continuar enfáticamente en la defensa de los derechos de los migrantes y en la adopción de políticas efectivas contra la discriminación, el prejuicio, la exclusión o la xenofobia; para alcanzar este propósito los aportes del sistema interamericano de derechos humanos resultan indiscutibles.

5. Bibliografía

- CASTRO FRANCO, A, “La gobernanza internacional de las migraciones: De la gestión migratoria a la protección de los migrantes”. Nueva edición [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016 (generado el 29 jun 2023). Disponible en Internet: <<http://books.openedition.org/uec/1427>>. ISBN: 9789587726282. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.uec.1427>.
- CASTRO FRANCO, A. Capítulo III, “La protección de los migrantes en el marco del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos In: La gobernanza internacional de las migraciones: De la gestión migratoria a la protección de los migrantes”, [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016 (generado el 29 jun 2023). Disponible en Internet: <<http://books.openedition.org/uec/1480>>. ISBN: 9789587726282. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.uec.1480>.
- BUSTAMANTE, J, “Immigrants vulnerability as subjects of Human Rights”, 2002, *International Migration Review*, Vol. 36, No. 2, pp. 333-354.
- CALLEROS ALARCÓN, J. (COORD.), La protección de los derechos humanos de las personas migrantes: una guía para las y los servidores públicos, México, Centro de Estudios Migratorios- Unidad de Política Migratoria, 2012, pp. 57 y ss.
- CASTLES, S, “Migration and Community Formation under Conditions of Globalization”, 2002, *International Migration Review*, Vol. 36, No. 4, pp. 1143-1168.
- COLE, D, “The idea of humanity: human rights and immigrants’ rights”, 2006, *Columbia Human Rights Law Review*, 37(3), pp. 627-658.
- ESTUPIÑAN-SILVA, R (2014) “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte IDH Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”. En: BURGORGUE-LARSEN L, MAUES, A. y SANCHEZ MOJICA, B.E., *Derechos humanos y políticas públicas*, Barcelona, Serveis S.A., pp.193 – 231.
- GARCÍA RAMÍREZ, S, “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Cuestiones Constitucionales*, (41), 3-34. Epub 22 de abril de 2020. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.41.13940>.
- GONZALEZ MORALES, F, “El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes, refugiados y otras personas en situación de movilidad”, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37887.pdf>. Consultado 6/29/2023.
- OLEA RODRÍGUEZ, H. M, “Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad* N.º 9, octubre 2015 – mayo 2016, pp. 249-272.

5.1 Jurisprudencia, documentos e informes

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1996), Caso Blake Vs. Guatemala Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C No. 27.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998), Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999), El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión

La migración y los derechos humanos: algunos aportes del sistema

- Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004), Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129. N° 9, octubre 2015 – mayo 2016, pp. 249-272, ISSN 2253-6655
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007), Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010), Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011), Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013), Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), Caso J. Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 291.

Movilidad humana. Estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, p. 124, y Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Los principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

Los delitos realizados mediante la Dark Net

Susana Ma. Barón Quintero

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Huelva
Doctoranda Universidad de Huelva

RESUMEN: La sociedad de la información, el ciberespacio, Internet, las nuevas tecnologías y la aparición de nuevas formas de comisión de los delitos tradicionales mediante la Dark Net, que preserva el anonimato y genera problemas en la persecución y criminalización en el entorno digital, nos obliga a diseñar y establecer un régimen jurídico penal europeo, internacional, uniforme y coordinado por los que puedan perseguirse con instrumentos eficaces este tipo de criminalidad.

PALABRAS CLAVE: Dark Net- Deep Web- Cibercrimes- Ciberespacio- Tecnologías de la información y comunicación (TIC)- Instrumentos de cooperación internacional.

ABSTRACT: The information society, cyberspace, the Internet, new technologies and the emergence of new ways of committing traditional crimes through the Dark Net, which preserves anonymity and generates problems in the prosecution and criminalization in the digital environment, obliges us to design and establish a European, international, uniform and coordinated criminal legal regime by which this type of criminality can be prosecuted with effective instruments.

KEYWORDS: Dark Net- Deep Web- Cybercrime- Cyberspace- Information and communication technologies (ICTS)- International cooperation instruments.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Perspectiva y tratamiento de los delitos realizados mediante la Dark Net en el Código Penal. 3. Aproximación a los delitos realizados mediante la Dark Net. 4. Concepto de los delitos en la Dark Net. 5. Problemática general ante una nueva y particular forma de delincuencia. 5.1. Aspectos generales. 5.2. Regulación en el sistema español. 6. Los instrumentos de persecución de los delitos realizados mediante la Dark Net. 6. Los instrumentos de persecución de los delitos realizados mediante la Dark Net. 7. Equipos y órganos de investigación en los delitos de Dark Net en España. 7.1. Fiscales especializados en delincuencia informática. 7.2. Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. 7.3. Equipos Conjuntos de Investigación (JIP). 7.4. Las empresas proveedoras de Internet (ISP).

1. Introducción

El mundo digital es actualmente un escenario muy prolífero para la comisión de un delito informático, delito cibernético o cibercrimen, consistiendo ello en toda aquella acción antijurídica que se realiza en el entorno digital, espacio digital o de Internet.

En este ciberespacio existe, además de plataformas o sistemas de búsquedas *on line* tradicionales que permiten conocer solo con un seguimiento de historial de búsqueda por Internet en qué sitios web nos estamos moviendo, un Internet que no se muestra y opera de forma subrepticia y opaca, utilizando plataformas que permite encriptar la información a través de la aplicación llamada TOR.

Realmente no se comete ningún tipo de delito por navegar en la Dark Net, puesto que su uso es legal, y lícito también es el hecho de que un usuario quiera preservar su anonimato y no dejar rastros de los sitios por los que navega como ocurre, sin embargo, cuando entras en un portal tipo Google.

Así, lo que realmente se castiga y penaliza es utilizar esta Dark Net para cometer determinadas categorías de delitos y evitar la persecución y quedar impune al ser bastante difícil el localizar al autor o autores de los hechos delictivos por el tipo de plataforma opaca de la que se valen para su comisión y la complejidad en rastrear las IP de los ordenadores y dispositivos digitales utilizados.

Por tanto, los delitos realizados mediante la Dark Net, también llamada Deep Web, son aquellas infracciones y conductas delictivas que se realizan a través de la Deep Web que representa el 90% de Internet y a la que no se puede acceder o ingresar de forma habitual como cuando ingresamos a Google u otro buscador, porque son sitios que los motores de búsqueda normales no pueden registrar, de tal forma que conserva el anonimato y la información personal que se guarda en el entorno digital.

Debido a la cantidad de información sensible, a la Deep Web se le puede comparar con un mercado negro, ya que esta atrae la atención de personas que no siempre tienen buenas intenciones, y saca a relucir la parte más oscura del ser humano, que se aprovecha del anonimato existente dentro de los varios niveles de la Deep Web; se llega a encontrar pornografía infantil, incluso terrorismo o secretos de estado en los niveles más profundos. Hacer constar que Internet

en general permite la transmisión y distribución de forma instantánea de cualquier tipo de dato de forma relativamente sencilla en relación con otros medios de comunicación.¹

El uso de la informática es el *modus operandi* nuevo que plantea su propia forma comisiva respecto de las formas tradicionales de comisión. Existe en la persecución de estos ilícitos un claro problema de conciencia de culpabilidad por el autor de los delitos mediante Internet al cometerse en un espacio virtual que escapa al espacio terrenal, no asumiendo el reproche penal.

La criminalidad informática puede incluir delitos tradicionales como el fraude, el robo, chantaje, estafas, falsificación, malversación de caudales públicos, prostitución y pornografía infantil, tráfico de armas y de drogas, terrorismo islámico, en los que los ordenadores y redes han sido utilizados como medio y la comisión de estos. Con la evolución y el desarrollo de Internet son más frecuentes y sofisticados a fin de evitar la criminalización y condena.

Las nuevas tecnologías y el mundo digital y ciberespacio se usan en todos los ámbitos de nuestras vidas. Es este entorno digital el que eligen determinados tipos de delincuentes para realizar hechos delictivos valiéndose de la tecnología informática como instrumento o medio para su perpetuación, y ofrece contornos singulares y problemas propios.

Los hechos delictivos que se realizan mediante Internet plantean numerosos problemas a la hora de su persecución e incriminación, puesto que en la mayoría de los casos surgen dificultades al plantear la ubicación y lugar de comisión de tales hechos ilícitos, indispensable para la determinación de la jurisdicción y competencia penal, para su enjuiciamiento y aplicación de la correspondiente ley penal; la localización y obtención de las pruebas de tales hechos delictivos; la insuficiente regulación legal de los ilícitos que pueden realizarse a través de la red o de las diligencias procesales de investigación aplicables para el descubrimiento de los mismos —normativa igualmente desbordada por el imparable avance de las innovaciones tecnológicas—; la cooperación europea e internacional para su lucha y persecución, o incluso la significativa afectación que la investigación policial

¹ Cohen-Almagor, R. "Online Child Sex Offenders: Challenges and Counter-Measures". *The Howard Journal of Criminal Justice*. Vol 52. Mayo 2013.

en Internet tiene sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En aras de su persecución de forma global, además de las leyes nacionales que tienen por objeto la protección y seguridad de los sistemas y tecnologías de la información y la prevención y sanción de los delitos cometidos por medios informáticos, la Unión Europea ha establecido una serie de medidas dirigidas a garantizar y preservar una seguridad en las redes y sistemas informáticos, de tal forma que nació la Directiva NIS, que impone a los Estados miembros y a sus entidades gestoras de servicios esenciales y digitales la obligación de establecer sistemas de control-gestión de seguridad de la información y de supervisión de dicha información y el intercambio y cooperación transnacional.

2. Perspectiva y tratamiento de los delitos realizados mediante la Dark Net en el Código Penal

Los delitos realizados mediante la Dark Net o Dark Web, son en definitiva infracciones delictivas que se encuadran dentro de la delincuencia o criminalidad informática. Las definiciones que a lo largo de los últimos cuarenta años se han aportado del concepto de delito informático van necesariamente unidas a la evolución que ha sufrido la implantación de las TIC (tecnologías de la información y comunicación) en la sociedad y a las propias conductas delictivas, o merecedoras de serlo, vinculadas con las nuevas TIC. Así, las primeras infracciones que aparecieron vinculadas al uso masivo de los ordenadores se centraban, principalmente, en el ámbito empresarial y consistían en conductas lesivas contra el patrimonio.

En el Código Penal español vigente los delitos realizados mediante la Dark Net no tienen su encuadre en ninguna conducta tipificada penalmente y tampoco existe un título en el Código Penal sobre los delitos informáticos, encontrándose las distintas conductas delictivas vinculadas con los sistemas informáticos, ya sea por el medio de comisión, ya por el objeto del delito, ya incluso por ambos aspectos, dispersas en diferentes títulos del código en una ubicación en que lo que prima es el bien jurídico afectado.

La doctrina mayoritaria prefiere emplear el término de “delincuencia informática” o “criminalidad

informática”² para incluir en ellas todos los comportamientos en los que un sistema informático sea el medio para lesionar un bien jurídico, cualquiera, y todos aquellos en que dicho sistema sea el propio objeto sobre el que recae la acción delictiva.

Tiedemann³ considera que con la expresión “criminalidad mediante computadoras” se alude a todos los actos antijurídicos según la ley penal vigente realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos. Como el mismo autor señala, el concepto abarca el problema de la amenaza a la esfera privada del ciudadano y, por otra parte, se refiere además a los daños patrimoniales producidos por el abuso de datos procesados automáticamente.

Como afirma Gutiérrez Francés:⁴

... con carácter general, la delincuencia mediante computadoras se inscribe dentro de las formas de criminalidad de “Cuello Blanco”, propias de la delincuencia económica, por lo cual desde el punto de vista criminológico, presentan las mismas peculiaridades que ésta, con las notas específicas que aporta lo informático.

De esta forma podemos decir que no existe una definición como tal del concepto de delito informático que sea unánime a todos los países, es más, en el Código Penal español, como ya hemos señalado, no viene siquiera definido como tal dicho concepto.

En España se han ido adoptando diversas modificaciones legislativas al objeto de adecuar la legis-

² ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, España, 1987. En ese orden de ideas y siguiendo al profesor Romeo Casabona, el cual señala: “En la literatura en lengua española se ha ido imponiendo la expresión de delito informático, que tiene la ventaja de su plasticidad, al relacionarlo directamente con la tecnología sobre o a través de la que actúa. Sin embargo en puridad no puede hablarse de un delito informático, sino de una pluralidad de ellos, en los que encontramos como única nota común su vinculación de alguna manera con los computadores, pero ni el bien jurídico protegido agredido es siempre de la misma naturaleza ni la forma de comisión del hecho delictivo o merecedor de serlo presenta siempre características semejantes... el computador es en ocasiones el medio o el instrumento de la comisión del hecho, pero en otras es el objeto de la agresión en sus diversos componentes (el aparato, el programa, los datos almacenados). Por eso es preferible hablar de delincuencia informática o delincuencia vinculada al computador o a las tecnologías de la información”.

³ TIEDEMANN, Klaus, *Poder informático y delito*, Barcelona, 1985.

⁴ GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz, *Fraude informático y estafa*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. 1991

Los delitos realizados mediante la Dark Net

lación a las directivas comunitarias y así facilitar la cooperación con otros estados en materia penal. Por todo esto, para poder acercarnos a la definición del delito informático es necesario recurrir al *Convenio sobre Ciberdelincuencia, del Consejo de Europa de 2001*,⁵ ya que en su preámbulo indica que se hace necesario la tipificación como delito de “los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos”.

En el convenio se establecen los delitos informáticos en cuatro grupos, donde vienen a definirse los tipos penales que deben considerarse delito informático. Estos grupos son los siguientes:

1. Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos. Engloba las conductas de acceso ilícito, interceptación ilícita, interferencia de datos, interferencia de sistemas y el abuso de dispositivos (arts. 2 al 6 del convenio).
2. Delitos informáticos. Dos tipos penales, la falsificación informática y el fraude informático (arts. 7 y 8).

⁵ Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa. Budapest. 23-11-2001. España firmó el tratado el 23 de noviembre de 2001 y lo ratificó mediante el instrumento de ratificación del convenio el 1 de octubre de 2010.

El Convenio cuenta con 64 Estados Parte, incluidos países de nuestro continente americano como Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana.

Es el primer tratado internacional sobre delitos cometidos a través de Internet y otras redes informáticas, que trata en particular de las infracciones de derechos de autor, fraude informático, la pornografía infantil, los delitos de odio y violaciones de la seguridad en redes. También contiene una serie de competencias y procedimientos, tales como la búsqueda de las redes informáticas y la interceptación de comunicaciones privadas.

Su principal objetivo, que figura en el preámbulo, es aplicar una política penal común encaminada a la protección de la sociedad contra el cibercrimen, especialmente mediante la adopción de una legislación adecuada y el fomento de la cooperación internacional.

Los principales objetivos de este tratado son los siguientes:

1. La armonización de los elementos nacionales de derecho penal de fondo de infracciones y las disposiciones conectados al área de los delitos informáticos.
2. La prevención de los poderes procesales del derecho penal interno es necesaria para la investigación y el enjuiciamiento de esos delitos, así como otros delitos cometidos por medio de un sistema informático o pruebas en formato electrónico.
3. Establecimiento de un régimen rápido y eficaz de la cooperación internacional.

3. Delitos relacionados con el contenido. Comprende las conductas relacionadas con la pornografía infantil en la Red (art.9). Además, se incluyeron las conductas de apología del racismo y xenofobia a través de la Red, mediante el Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos de 2003.
4. Delitos relacionados con las infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines (art 10).

Mencionar la Instrucción 2/2011⁶ dictada por la Fiscalía General del Estado por la que se crea la figura del fiscal de Sala de Criminalidad Informática y en la que, además, se trata de concretar el catálogo inicial de delitos a los que se extiende el marco competencial de esta área. El catálogo se ha estructurado en tres categorías:

... delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los propios sistemas informáticos o las TICs, delitos en los que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TICs y delitos en los que la actividad criminal, además de servirse para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TICs, entraña especial complejidad en su investigación que demanda conocimientos específicos en la materia.

En cualquier caso, todo lo que es cibernético o telemático es también, al mismo tiempo, informático; mientras que no ocurre lo mismo en sentido inverso, siendo por tanto mucho más omnicompreensiva esta última categoría.

Los ciberdelitos, que han aumentado con la expansión y proliferación de Internet, son en definitiva los delitos sancionados en el Código Penal mediante un nuevo canal, medio, plataforma, que facilita su comisión y genera problemas de persecución y sanción, y todos o prácticamente todos los delitos que están regulados en nuestro sistema punitivo pueden cometerse a través de un sistema informático que es merecedora de la tutela penal y judicial.

Parece existir, en síntesis, una categoría criminológica que puede denominarse criminalidad informática, delincuencia informática o delitos informáticos,

⁶ Completada posteriormente por la Instrucción de la FGE n° 4/2011 y n°1/2015.

que incluye todas las conductas sancionadas por el Código Penal que tengan vinculación con la informática, bien en su medio comisivo, bien en el objeto sobre el que recae la conducta, bien en ambos u otros ilícitos que en su momento puedan entrar a formar parte de él; pero no existe tipificación alguna de los delitos realizados como tal en la Dark Web.

3. Aproximación a los delitos realizados mediante la Dark Net

Los delitos realizados mediante la Dark Net pueden manifestarse con una tipología delictiva plural. Son delitos que se pueden realizar en la forma que establece nuestro sistema punitivo, castigado por el Código Penal, que afectan y ponen en peligro a bienes jurídicos distintos, y el único elemento diferenciador es la plataforma por medio de la cual se ejecuta y despliega sus efectos la actividad delictiva, en este caso “a través del internet profundo, oscuro, Dark Web”.

La Dark Net es una red que forma una pequeña parte de la Deep Web donde todo es anónimo y está cifrado, de tal forma que no es posible entrar en ella con navegadores o buscadores normales, sino con el famoso navegador TOR. Esta red permite que los cibercriminales puedan compartir fácilmente contenidos ilegales sin poder ser rastreados.

La utilización de foros o canales encriptados o el uso de la Dark Net ha servido para que los ciberdelincuentes o grupos criminales establezcan sus comunicaciones e interactúen, lo que dificulta la actividad de las fuerzas de inteligencia policial y el acceso a pruebas esenciales en la investigación. En la Dark Net se puede disponer de casi todo. Se ha utilizado para el intercambio de material de explotación sexual infantil y para otros tipos de actividades ilícitas como el tráfico de drogas o armas. Los grupos criminales tenían técnicas para realizar ciberataques limitados, pero la disponibilidad de herramientas y servicios para los delitos informáticos que se disponen en la Dark Net les ofrece posibilidades de cambio, teniendo que prestar mucha atención a los actores terroristas en este fenómeno. La Dark Net engloba un mundo paralelo delincencial que escapa al mundo exterior.

Una de las amenazas más importantes es el ciberespionaje tanto de carácter económico como político. El primero afecta la propiedad intelectual de empresas públicas y privadas, y, el segundo, se ha detectado entre estados.

4. Concepto de los delitos en la Dark Net

Esto hace referencia a una clase de contenido que no puede ser accedido por motores de búsqueda tradicionales, pues dicho contenido ha sido deliberadamente no indexado.

El primer antecedente de esta red profunda se remonta a la creación de la Silk Road, el primer mercado negro online, creado por Ross Ulbricht, y en el cual los distintos usuarios podían encontrar todo tipo de productos de contrabando, principalmente drogas ilegales, hasta que fue desmantelada por el FBI en 2013.⁷ Este tipo de mercados negros abriría paso a más ventas ilegales.

Los criminales aprovechan la excepcionalidad del anonimato de la red oscura; sus actividades son indetectables, y los recursos, invisibles.⁸ Por tal motivo, la red oscura ha sido utilizada para la comisión de delitos y acceso a recursos de todo tipo de magnitud y nivel.⁹

Las acciones que principalmente hay que destacar son:

- Financiero: lavado de bitcoins, cuentas robadas de PayPal, tarjetas de crédito clonadas y preparadas, falsificación de dinero.
- Comercial: explotación sexual, mercado negro, gadgets robados, armas y municiones, falsificación de documentos, venta de drogas, medicamentos, software.
- Anonimato y seguridad: instrucciones para reforzar la seguridad del acceso; acceso a mercado negro de sicarios.
- Servicio de hosting: sitios de alojamiento con absoluta privacidad.
- Blogs, foros y tablones de imágenes: compra-ventas, hacking e intercambio de imágenes; foros de crackers en busca de víctimas.
- Servicio de correo y mensajería: gratis y de pago con SSL y soporte de IMAP. Los chats sobre IRC o XMPP.
- Activismo político: archivos censurados, hack-

⁷ SUI, CAVERLEE & RUDESILL, “The Deep Web and the Darknet: A Look Inside the Internet’s Massive Black Box”. Woodrow Wilson International Center for Scholars, STIP 03, October 2015.

⁸ Cooper & Chikada, Dark Web: “A Boon or a Bane” Encyclopedia of Criminal Activities and the Deep Web (pp.152-164) Publisher: IGI Global. 2015.

⁹ Gallardo J.” La Mitad invisible”. Editorial Planeta. 2017.

Los delitos realizados mediante la Dark Net

- Secretos de Estado y soplones: un mirror de WikiLeaks y lugares para publicar
- Páginas eróticas: pornografía de pago y libre acceso, sin límite moral.
- Hacking por encargo: Ataques DDOS, troyanos, phishing, spamming, botnet agents.
- Libros: miles de e-books libres de copyright y en distintos formatos, así como descargas ilegales.

5. Problemática general ante una nueva y particular forma de delincuencia

5.1 Aspectos generales

La sociedad de la información, y su medio más espontáneo y representativo como es Internet, y la aparición de una serie de conductas delictivas que no se ejecutaban por Internet y actualmente sí (puesto que supone una mayor garantía en los resultados y un mínimo riesgo de represión por parte de las leyes penales), nos obligan a diseñar y establecer un régimen jurídico penal europeo, internacional, uniforme y coordinado por los que puedan perseguirse.

La nueva comisión delictiva surgida a través de la red, los llamados delitos informáticos, teniendo en cuenta que gran parte de los delitos tipificados en nuestro Código Penal son susceptibles de ser delitos informáticos (es decir, pueden ser cometidos a través de Internet), supone que la investigación penal hay que llevarla a efecto sobre las nuevas tecnologías en general, dado que hay sistemas o datos informáticos que pueden servir de soporte a información personal y confidencial: teléfonos móviles, agendas electrónicas, utilización de un cajero automático, etc. Todos ellos contienen sistemas informáticos y en particular cuando los delitos sean realizados utilizando no el Internet al que accedemos para acceder a cualquier información, búsqueda, objeto, etc., sino que se trata de un Internet profundo, oculto, que preserva el anonimato del usuario. Recalcar que no toda navegación en dicho Internet profundo es delictiva, sino que lo que hace el uso del Internet delictivo es la comisión de las acciones tipificadas como delictivas en nuestro Código Penal y en el ámbito europeo e internacional, que atentan contra bienes jurídicos dignos de protección penal.

Así, los propios delitos convencionales se pueden vehicular a través de la red de redes que es Internet, y en este caso de análisis el Internet oscuro-profundo, e incluso en cualquier otro delito clásico para cuyo descubrimiento o comisión se hayan utilizado en todo o parte esas nuevas tecnologías.

La multiplicidad y universalidad de la acción criminal que las TIC permiten, generando multitud de víctimas, la complejidad y perdurabilidad de las aplicaciones técnicas que cotidianamente se ven afectadas a través de Internet, unido a la problemática que para la investigación penal suponen la rápida desaparición de los rastros que deja el delincuente, la mutabilidad en la conservación de los mismos o la necesidad de su traducción a soportes no electrónicos que faciliten su observación y comprensión, genera la necesidad de configurar un marco legal específico que, debidamente encajado en el régimen jurídico vigente, otorgue las armas jurídicas para combatir este tipo de delincuencia virtual.

5.2 Regulación en el sistema español

Este apartado se trata de analizar si, en el estado actual, nuestro ordenamiento jurídico ofrece mecanismos de tutela suficientes y adecuados para proteger a los ciudadanos en general frente a las infracciones cometidas por medio de Internet profunda. El derecho nacional, junto al derecho de la Unión Europea, ha configurado en los últimos años un sistema que permite obtener la protección de los usuarios de Internet ante los tribunales españoles; ahora bien, la eficiencia de esta tutela se plantea como un reto que exige conocer las particularidades de la materia y utilizar de forma correcta los distintos instrumentos procesales, tanto en el ámbito español como transnacional.

La normativa española en ciberdelincuencia se genera tras el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Hungría el 23 de noviembre de 2001,¹⁰ ratificado por España el 3 de junio de 2010, entrando en vigor el 1 de noviembre del 2010.

En junio de 2022, 66 Estados eran partes del Convenio de Budapest. Forman parte la mayoría de estados europeos, EE. UU. y varios países de América Latina, entre otros: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Panamá, Paraguay, Perú, República Do-

¹⁰ Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa. Budapest. 23-11-2001

minicana, Australia, Cabo Verde, Canadá, Filipinas, Ghana, Israel, Japón, Marruecos, Mauricio, Senegal, Tonga y EE. UU.

El 12 de mayo de 2022 España firma el segundo protocolo, que había sido adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de noviembre de 2021 y mejora y complementa lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Budapest en 2001, así como el protocolo adicional del mismo, firmado en Estrasburgo en 2003.

Los objetivos principales del Convenio y sus protocolos son armonizar la tipificación de una serie de conductas como delito entre los diferentes estados firmantes, dotar de herramientas procesales para la investigación y enjuiciamiento de ciberdelitos y establecer procedimientos de cooperación internacional.

Otro elemento clave para el desarrollo de la normativa española es el papel armonizador que desempeña la Unión Europea, como ente supranacional, de acuerdo con lo establecido en el art. 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que otorga competencias a la UE para determinar y regular infracciones penales y sus correspondientes sanciones en lo referido a delincuencia informática, entre otros ámbitos. Resaltar en este sentido las directivas y decisiones marco que han derivado en normativa interna del Estado de acuerdo con el procedimiento de transposición.

Señalar especialmente la Directiva 2013/40/UE que dice

... aproximar las normas de Derecho penal de los Estados miembros en materia de ataques contra los sistemas de información, mediante el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables, y mejorar la cooperación entre las autoridades competentes, incluida la policía y los demás servicios especializados encargados de la aplicación de la ley en los Estados miembros, así como los organismos especializados de la Unión, como Eurojust, Europol y su Centro Europeo contra la Ciberdelincuencia y la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA).

Esta Directiva 2013/40/UE motivó las reformas de 2015 del Código Penal, con la inclusión de nuevos tipos delictivos cometidos a través de las TIC, y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que contempla

nuevas medidas de investigación tecnológica y la creación de la figura del agente encubierto informático.

También mencionar la Directiva 2000/31/CE, que provocó la aprobación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI) que contempla y limita la responsabilidad de prestadores de servicios, operadores de red y proveedores de acceso.

Otra medida relevante en el ordenamiento español que refleja la importancia de la ciberdelincuencia ha sido la creación de la Fiscalía Especializada en Delitos Informáticos a raíz del Real Decreto 1735/2010. Como define la Instrucción nº 2/2011, de 11 de octubre, sobre el fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las fiscalías, el objeto de esta Fiscalía comprende tres categorías: delitos cuyo objeto delictivo son los propios sistemas informáticos o las TIC (sabotaje informático, acceso sin autorización a datos, programas o sistemas informáticos, revelación de secretos, entre otros); delitos cuya actividad criminal se sirve de las TIC (estafas informáticas, delitos contra la propiedad intelectual, corrupción de menores y personas discapacitadas, pornografía infantil, entre otros) y, por último, delitos cuya actividad criminal, además de servirse de las TIC, requieren conocimientos técnicos para su investigación (falsificación documental, injurias y calumnias contra funcionarios públicos, amenazas y coacciones, delitos contra la integridad moral, apología o incitación a la discriminación, el odio y la violencia, justificación de los delitos de genocidio, entre otros).

El régimen jurídico en España, tras las modificaciones operadas por la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tras el Convenio de Budapest de 2001 y las directivas europeas que han generado reformas en el Código Penal del 2015, se ha ido perfilando, y actualmente nos encontramos que, a efectos de poder probar estos delitos, se debe incidir, por un lado, sobre derechos fundamentales de nueva generación, cuyo tratamiento está configurando todavía la última jurisprudencia, pero a la vez, y por otro lado, en derechos fundamentales ultra clásicos, que están aportando las nuevas tecnologías, por lo que deberá hacerse desde la perspectiva que menos afecte a los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución española (entradas y registro, ocupación de efectos en soportes electróni-

Los delitos realizados mediante la Dark Net

cos, intervención de telecomunicaciones, detención de correspondencia, etc.) y a la legislación ordinaria referente a la sociedad de la información, las nuevas telecomunicaciones (correo electrónico, SMS, chats, etc.) y la protección, cesión y conservación de datos, sin olvidar las especificidades de la prueba reina en la materia: la pericial informática, con sus peculiaridades sobre la cadena de custodia, el volcado, clonado, y análisis de datos, etcétera.

También, la filmación de lugares, la videograbación y la videoconferencia y otras técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías (rastreos, señas IP, entregas vigiladas a través de Internet, infiltración y agente encubierto en Internet o tecnovigilancia, balizas y GPS) o la intervención de las líneas ADSL o la introducción de virus “troyanos” espías para la investigación criminal, así como las diligencias policiales, las medidas cautelares y restrictivas en Internet (retirada, bloqueo e interdicción de acceso en España de Webs ilícitas), y el comiso, las consecuencias accesorias y la responsabilidad de los agentes que operan a través de Internet.

Las continuas y variadas formas de los ataques criminales tecnológicos obligan a conocer sus vías de comisión para combatirlos, a ensayar nuevas maneras de hacerlos frente desde la legalidad y a tratar de interpretar la afección a los derechos fundamentales.

Para ello, se ha ido desarrollando cada vez más a partir de la proliferación de este tipo de delincuencia lo que se denomina como ciberseguridad, entendida como la técnica que combina informática y telemática con el objetivo de proteger el buen funcionamiento de sistemas informáticos y redes, evitando que se comprometa o sabotee la información que por ellos circula. Actuando en consecuencia como técnica de prevención y detección de determinados ciberdelitos.

En cualquier caso, hay que hacer una distinción o precisión en la terminología jurídica y distinguir entre cibercrimen y ciberdelincuencia, que a priori pueden parecer sinónimos y tienen un matiz más bien criminológico, ya que hacen referencia al conjunto de conductas llevadas a cabo a través de las TIC y que podemos considerar “desviadas” de lo comúnmente aceptado en un entorno social determinado, sin que se considere conducta desviada el hecho de que se trate de un delito tipificado en el Código Penal.

Así, los ciberdelitos son las conductas típicas expresamente previstas y recogidas como delito en el Código Penal y cuya característica principal radica en

que su objetivo o medio de comisión son los sistemas informáticos o las TIC en general, pero ciertamente por la utilización masiva y extensa de las TIC, lo podría encuadrar a la casi totalidad de delitos recogidos en el Código Penal.¹¹

Los ciberdelitos en sentido estricto son exclusivamente aquellas conductas en las que el Código Penal haga específica alusión a la afectación o utilización de sistemas informáticos o los que presenten una modalidad de comisión habitual a través de las TIC.

A nivel técnico, es cierto que hay muchos tipos de ciberataques, pero se han de encajar en estos tres bloques y en sus delitos correspondientes como el phishing, todo tipo de spyware, etcétera.

El Código Penal español no tiene tipificado en sí un tipo autónomo de ciberdelito, sino que su regulación se determina en función del bien jurídico protegido en el ámbito de los delitos informáticos, definiéndose como delito informático la que utiliza la Unión Europea: “aquellas actividades delictivas realizadas con ayuda de redes de comunicaciones y sistemas de información electrónicos o contra tales redes y sistemas”.

De este modo, existen ciberdelitos que atentan contra la intimidad, patrimonio, libertad, honor o libertad e indemnidad sexual, entre otros. Por otro lado, se han incluido modalidades en tipos tradicionales, existiendo dispersión en todo el Código Penal.

En síntesis, la tipología delictiva se puede clasificar en los siguientes tipos:

- a. Conductas delictivas de tipos penales tradicionales que se desarrollan a través de las TIC.
Ejemplo: delito de estafa del art. 248.2 CP.
- b. Publicación de contenidos ilegales en la red.
Ejemplo: enaltecimiento del terrorismo del art. 158.2 CP.
- c. Delitos específicos de las TIC.
Ejemplo: Sabotaje informático del art. 264 C.p, hacking.

A continuación, se muestra el listado de los delitos informáticos tipificados desde la reforma del 2015 del Código Penal y a consecuencia del mandato europeo.¹²

¹¹ Galán Muñoz, A. “Los Ciberdelitos en el ordenamiento español.” 2019. Editorial: Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

¹² CANO TERUEL, Q. *Ciberdelincuencia en el Código Penal*. 4-12-202.

1. Descubrimiento y revelación de secretos de empresa

La diferencia respecto al descubrimiento y revelación de secretos personales es que en la empresa el bien jurídico protegido no es la intimidad personal o familiar, sino el patrimonio y el orden socioeconómico. Así, el art. 278.1 CP prevé el descubrimiento en los mismos términos que el 197.1 CP, mientras que el 278.2 CP castiga la revelación del secreto.

El art. 197.1 del CP se refiere a dos modalidades de conducta: la del apoderamiento y la de interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión... 1) Apoderamiento de “papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales”. El apoderamiento es un aspecto fundamental de la conducta típica, y lo es hasta tal punto que —como destaca Muñoz Conde¹³—, si se llegan a conocer los secretos documentales de otro sin apoderarse de sus documentos o efectos personales, no podrá apreciarse este tipo del inciso 1o del art. 197.1 del CP. El objeto material de la acción típica se amplía considerablemente en comparación con el precepto correlativo del CPA (art. 497.2^a), pues en este el objeto material se circunscribía a los “papeles o cartas” y ahora, en el primer inciso del art. 197.1 del CP, se amplía a los “mensajes de correo electrónico” —como, por ejemplo, las comunicaciones por telefax—¹⁴ o a “cualesquiera otros documentos o efectos personales”, haciendo uso el legislador de una cláusula general que permite comprender cualquier clase de documentos. Los “efectos personales” pueden entenderse como cualquier objeto de uso personal que permita identificar al titular de la intimidad.¹⁵

2) La interceptación de las telecomunicaciones de otro o la utilización de “artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación”.

La interceptación de las telecomunicaciones se refiere a la conducta —llevada a cabo por un tercero— de introducirse en la conversación ajena con la finalidad de descubrir los secretos de otro o de vulnerar su intimidad,¹⁶ y comprende tanto las conversaciones telefónicas convencionales o por cable como las que tienen lugar por telefonía móvil, siendo indiferente el sistema que utilicen los interlocutores.¹⁷

El art. 279 CP se refiere a la difusión, revelación o cesión del secreto llevada a cabo por quien tuviere obligación legal o contractual de reservarlo.

2. Daños informáticos

Se regulan diferentes tipos cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio de la víctima. En la reforma de 2015, el legislador optó por crear un tipo específico donde se encuadran los daños informáticos. Así, el art. 264 CP tipifica la conducta consistente en borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos, programas o documentos ajenos, sin autorización y de manera grave. El art. 264 bis CP hace alusión a la obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático (por ejemplo, ataques DOS). El art. 264 ter CP hace referencia a la producción, adquisición o facilitación de programas (por ejemplo, un *exploit*) o contraseñas destinadas a cometer alguno de los delitos anteriores (art. 400 CP).

3. Falsedades informáticas

Aquí tienen cabida todos los tipos de falsedades comunes que utilicen algún artificio informático para llevarse a cabo. Se consideran: la falsificación de moneda y timbre (art. 386 a 389 CP); la de documento público, oficial y mercantil (art. 390 a 394 CP); de documento privado (art. 395 a 396 CP); de certificado (art. 397 a 399 CP); de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje (art. 399 bis CP). También se consideran delito de falsificación la fabricación, recepción, obtención o tenencia de instrumentos, datos o

<https://ciberkrim.com/ciberdelincuencia-en-el-codigo-penal/>.

¹³ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, P.E., 13a ed., 2001, p. 245.

¹⁴ MORALES PRATS, W. AA., Comentarios a la PE del Derecho Penal, cit., p. 33

¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal, P.E., p. 194.

¹⁶ LOZANO MIRALLES, VV.AA., Compendio, P.E., II, p. 212, y SEGRELLES DE ARENAZA, VV.AA., Compendio, P.E., p. 278.

¹⁷ GONZÁLEZ GUITIÁN, Protección penal de la intimidad y escuchas telefónicas, VV.AA., Comentarios a la legislación penal, VII, dir., M. COBO y coord. M. BAJO, 1986

Los delitos realizados mediante la Dark Net

programas informáticos destinados a la comisión de los tipos indicados.

4. Estafa informática

La estafa informática o ciberfraude se ha dibujado como el delito estrella tal y como ofrecen los datos del Portal Estadístico de Criminalidad, donde constan los delitos conocidos por el Ministerio del Interior, que son las denuncias presentadas ante los cuerpos de policía que operan en territorio nacional.

En términos generales, el derecho penal y el derecho procesal penal clásicos fueron contruidos sobre la base de un modelo de criminalidad física, marginal e individual. No obstante, Internet ha supuesto una revolución tecnológica, pero al mismo tiempo un problema para la represión de los delitos, puesto que existe una especial dificultad para la detección y persecución de los delitos informáticos, entre otros motivos, por el anonimato, la insuficiente conciencia de los usuarios para mantener unas medidas preventivas de seguridad o incluso el carácter transnacional de determinadas conductas delictivas.¹⁸

El Código Penal contempla como estafa la utilización del engaño, con ánimo de lucro, para obtener un beneficio o perjuicio sobre un tercero (art. 248 a 251 CP).

Además, en el art. 248.2 CP se recoge de forma expresa como estafa informática: valerse de manipulaciones informáticas o artificio semejante (por ejemplo, el *phishing*) para la obtención no consentida de una transferencia patrimonial en perjuicio de un tercero; fabricar, poseer o facilitar programas informáticos (por ejemplo, un *ransomware*) con tal fin; realizar operaciones con tarjetas bancarias o cheques viaje en perjuicio de su titular o de un tercero.

5. Defraudación de telecomunicaciones

Se regula la defraudación del fluido eléctrico o el agua, las telecomunicaciones (Internet, teléfono, TV de pago) valiéndose de mecanismos destinados a tal efecto, alterando maliciosamente las indicaciones y/o contadores o por cualquier otro medio (art. 255 CP).

El art. 256 CP prevé la utilización de un terminal de telecomunicaciones sin permiso de su titular y causándole un perjuicio económico.

6. Cibercrimes sexuales

Comprende todos los tipos tradicionales de abuso sexual contemplados en el art. 181 y siguientes del Código Penal. Además, de forma específica debe destacarse el art. 183 ter CP, conocido como *child grooming*, que contempla como punible la utilización de las TIC para contactar con un menor de 16 años y embaucarlo para concertar un encuentro con el fin de llevar a cabo actos previstos en los art. 183 a 189 CP (183 ter 1 CP) o para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor (183 ter 2 CP).

El acoso sexual (art. 184 CP) llevado a cabo a través de las TIC también debe atribuirse a la categoría de cibercrimes sexuales. De igual forma, cabe considerar el exhibicionismo obsceno (art. 185 CP) ante menores de edad o discapacitados necesitados de especial protección, la venta o difusión de material pornográfico a estos (art. 186 CP) y los delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 187 a 189 bis CP).

7. Delitos contra la propiedad intelectual

Contempla la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de una obra con ánimo de lucro y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual (art. 270.1 CP) y la facilitación activa y con ánimo de lucro del acceso o localización en Internet, especialmente mediante listados (*links*) de obras protegidas sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual (art. 270.2 CP).

También se subsume en este tipo: la acción de eliminar, modificar las medidas tecnológicas destinadas a proteger obras para favorecer la comisión de alguna de las conductas de los tipos comentados (art. 270.5 apartado C); la elusión o facilitación de estas medidas tecnológicas (por ejemplo, mediante un crack) para facilitar a un tercero el acceso a una obra protegida (art. 270.5 apartado D) y la fabricación, importación, distribución o posesión con fines comerciales de cualquier medio destinado a

¹⁸ Fernández Teruelo, J.G. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, n.19 (2007), págs. 217-243.

neutralizar dispositivos técnicos utilizados para proteger programas informáticos u obras protegidas (art. 270.6 CP).

8. Delitos contra el honor

El honor es el bien jurídico protegido que puede verse lesionado mediante calumnias e injurias. La calumnia, prevista en el art. 205 CP, consiste en la imputación de un delito con conocimiento de su falsedad. La injuria, tipificada en el art. 208 CP, es la acción expresada destinada a mermar la dignidad personal (por ejemplo, mediante insultos). Se regula concretamente el hecho de la publicidad, que suele concurrir cuando se difunden los mensajes a través de, por ejemplo, redes sociales o grupos de mensajería (art. 211 CP).

9. Amenazas y coacciones

Las amenazas y coacciones constituyen el segundo grupo de ciberdelitos más denunciados, solo superados por el ciberfraude. En el caso de las amenazas (art. 169 a 171 CP) las conductas en el entorno virtual no distan de las del físico, si bien cabe destacar como habitual el chantaje que se produce cuando, por ejemplo, el autor obtiene una imagen comprometida de la víctima y amenaza con difundirla si esta no le recompensa con alguna cantidad económica o similar (art. 271.2 CP).

En cuanto a las coacciones (art. 172 a 172 ter CP), sucede como con las amenazas y las conductas llevadas a cabo a través de las TIC: se asemejan a las del mundo físico. No obstante, destaca el conocido como ciberacoso o *ciberstalking* (art. 172 ter CP), consistente en el establecimiento de contacto de forma reiterada e insistente por parte del autor respecto de la víctima, alterando gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

10. Odio y apología del terrorismo

El uso masivo de redes sociales y aplicaciones de mensajería ha propiciado el incremento de conductas como el del delito de odio y la apología del terrorismo. En relación al odio, se trata de una conducta que atenta contra derechos fundamentales y libertades básicas y castiga a quienes directa o indirectamente y de manera pública fomenten, promuevan, inciten al odio, hostilidad, discriminación o violencia por mo-

tivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad (art. 510 CP).

Se les castiga porque su mensaje puede dar lugar a la aparición en quien lo reciben de unas ideas (las del odio) que se consideran tan peligrosas y se valoran tan negativamente que se trata de impedir que puedan propagarse mediante la amenaza de sanción penal a aquel que las puede difundir mediante su publicación o transmisión.¹⁹

Respecto a la apología del terrorismo (art. 578 CP), se refiere al enaltecimiento o justificación pública del terrorismo, de manera agravada cuando hubiere difusión a través de las TIC.

Hay dispersión por todo el Código Penal y resulta ser demasiado genérico, lo que ha llevado a que sean los tribunales los que vayan interpretando cada acción para después subsumirla en los tipos penales que tenga encaje

Después de la reforma del Código Penal en 2015 debemos destacar una serie de aspectos en relación con los ciberdelitos, significando que la reforma ha endurecido las penas por delitos contra la libertad sexual y la protección de menores.

La Directiva 2011/93/UE14 obliga a los estados miembros a endurecer las sanciones en este ámbito de menores, sancionando la producción, difusión o asistencia a espectáculos pornográficos en los que participen menores de edad, y se amplía la tipificación del *child grooming* (acciones emprendidas por adultos con el fin de abusar sexualmente de las víctimas), considerándose delito agravado la participación de menores de dieciséis años en este tipo de actos. Posteriormente, tras la reforma, se tipifica la revelación de secretos si se han conseguido imágenes con la aquiescencia de una persona, pero luego se divulgan contra su voluntad, lesionando gravemente la intimidad de la víctima. Finalmente se introdujo como delito la supresión o alteración de medidas de seguridad tecnológicas para proteger programas de software o

¹⁹ Galán Muñoz A. “Delitos de odio. Discurso del odio y derecho penal ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?” Revista Penal nº 46. Tirant Lo Blanch. Julio 2020.

Los delitos realizados mediante la Dark Net

ejecución de estos sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Todo ello ha dado paso a una nueva regulación de los ciberdelitos, dando paso así a una mayor ciberseguridad.

No obstante, es importante hacer referencia al hecho de que existen vacíos legales como son la usurpación de identidad en Internet. Previsto en el art.401 del Código Penal, establece que “El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”. En el delito de usurpación de estado civil, el bien jurídico protegido es la fe pública, que se concreta en la confianza de la sociedad en una correcta identificación de las personas. Por lo tanto, la conducta que se sanciona en este tipo penal es la utilización de un falso nombre y la filiación a ese nombre de otra persona que existe realmente, independientemente de que esté viva o haya fallecido y no la mera utilización de un nombre ajeno.

Un delito relacionado con la usurpación de identidad en Internet es el ya referenciado *phishing* (estafa informática), que se considera una forma de suplantación consistente en el uso de un tipo de ingeniería social caracterizado por adquirir información confidencial de forma fraudulenta, como puede ser una contraseña o bien información privada sobre tarjetas de crédito o cualquier otro tipo de información bancaria detallada.

Hay un proyecto muy curioso y necesario desarrollado conjuntamente por el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) y el Boletín Oficial del Estado (BOE), que publicaron en el año 2016 (y siguen actualizando a día de hoy), dando como resultado el primer Código de Derecho de la Ciberseguridad, donde han compilado todos aquellos artículos, disposiciones y leyes relacionadas con la ciberseguridad que hagan referencia o tengan que ver con las nuevas tecnologías. Esto no se limita solo a ciberdelitos, incluyendo desde la Constitución española la LO 3/2018 sobre Protección de Datos, Seguridad Nacional hasta las menos conocidas, como el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico.

Respecto a la forma que tiene la ley de prever los delitos, a veces no tiene tan en cuenta la parte técnica del fenómeno. Así, con el delito de sabotaje informático o *cracking* del art. 264.1 del CP se tipifica: “El que por cualquier medio, sin autorización y de

manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”. En esto podemos plantearnos ¿cualquier medio incluye ataques físicos o solo informáticos? ¿Qué es de manera grave? Si los hace inaccesibles, pero tengo una copia de seguridad y ya son accesibles, ¿es delito? ¿Es grave? Este tipo de cuestiones que se generan deben de ser respondidas por los tribunales en su labor de aclaración-interpretación-aplicación de las leyes o jurisprudencia en el caso concreto.

6. Los instrumentos de persecución de los delitos realizados mediante la Dark Net

Debemos señalar que la Dark Net no es en sí misma ilegal, sino que lo que resulta ilegal es valernos de dicha red para la realización de determinadas actividades que sí son consideradas ilegales.

Los delitos actuales son cada vez más internacionales. Es esencial que haya coordinación entre todos los agentes para mantener la estructura de seguridad mundial.

Existen muchos compromisos de cooperación internacional en la lucha contra la ciberdelincuencia. España participa activamente en el Centro de Excelencia de Ciberdefensa Cooperativa (Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, CCD COE) que la OTAN estableció en Tallín, Estonia, tras firmar el 14 de mayo de 2008.

INTERPOL, como organización internacional de policía criminal y organización intergubernamental, aporta esta plataforma de cooperación, facilitando a la policía el trabajo directo con sus homólogos, incluso entre países que no mantienen relaciones diplomáticas.

INTERPOL conecta a todos los países miembros (195) a través de un sistema de comunicación denominado I-24/7. Los países utilizan este sistema protegido para ponerse en contacto entre sí y con la Secretaría General. También les permite acceder a las bases de datos y servicios en tiempo real, tanto desde localizaciones centrales como remotas, todo ello genera una plataforma internacional.

Asimismo, proporcionan voz a la policía en el ámbito internacional, trabajando con los gobiernos al

más alto nivel para alentar esta cooperación y el uso de los servicios.

Todas las acciones son políticamente neutrales y se ejecutan dentro de los límites de legislaciones existentes en los diferentes países.

En el marco de la UE, se creó el Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3), dependiente de Europol, que se ocupa de los delitos relacionados con ciberterrorismo desde enero de 2013, centrándose principalmente en delitos de fraude económico, los relacionados con ataques informáticos a empresas o infraestructuras críticas y explotación sexual infantil, así como a la recogida de información de inteligencia, de gran variedad de fuentes tanto públicas como privadas a fin de alimentar una base de datos policiales, que permita facilitar información a los países miembros.

En el ordenamiento español no existe específicamente una ley de cooperación judicial en materia de ciberdelincuencia. Tenemos una referencia en el artículo 276 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que las peticiones de cooperación internacional se tramitarán de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas que resulten de aplicación. Por tanto, hay que acudir a los convenios internacionales de los que España es parte, que en el ámbito europeo son:

- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.²⁰
- Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 junio de 1990.²¹
- Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2001.²² Fuera del ámbito europeo habrá que acudir a los convenios existentes o, en su defecto, a la reciprocidad (277 LOPJ).
- La Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal, porque sustituye, a partir del 22

de mayo de 2017, a las disposiciones correspondientes de convenios ya citados aplicables a las relaciones entre los Estados miembros vinculados por la presente Directiva.

7. Equipos y órganos de investigación en los delitos de Dark Net en España

7.1 Fiscales especializados en delincuencia informática

La Fiscalía General del Estado, en la instrucción 2/2011 del fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de la Fiscalía, establece una clasificación de delito intentando diferenciar los delitos informáticos en sentido estricto de aquellos otros delitos que la informática simplemente aparece de forma accidental. Se establece un catálogo inicial de delitos informáticos en los que intervendrán fiscales especializados pero sin limitar en sus *numerus clausus* los tipos penales susceptibles de encuadrarse en la categoría de criminal informática, pues según la propia instrucción es más previsible:

... la aparición en un futuro más o menos próximo de nuevas formas de delincuencia nuevos mecanismos de comisión de ilícito y a tipificar de los que los elementos determinantes sean también la utilización de la tecnología de la información y la comunicación TICs de forma que su análisis y valoración demanda de conocimiento específico para aconsejable su especialización.

Entre las figuras dentro de la Fiscalía especializada se encuentra:

- Fiscal de sala coordinador para la criminalidad informática.
- Las secciones de criminalidad informática de la Fiscalía.

7.2 Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado

Existen cuerpos especializados en la lucha contra la cibercriminalidad, Policía Nacional Guardia civil, Mossos d'ESquadra, Ertzaina.

²⁰ Ratificado por España el 14 de julio de 1982, BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 1982.

²¹ Ratificado por España el 23 de julio de 1993, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994.

²² Ratificado por España el 23 de julio de 1993, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994.

Los delitos realizados mediante la Dark Net

7.2.1 Unidad Especial Tecnológica del Cuerpo Nacional de Policía (UIT)

Tienen como misión fundamental la prevención y represión de los delitos tecnológicos como unidad central con competencia en todo el territorio nacional, así como en todo lo relativo a la colaboración internacional, formación y apoyo técnico a otras unidades. Esta unidad especializada está compuesta por la Brigada Central de Investigación Tecnológica y la Brigada Central de Seguridad Informática. También cuenta con el apoyo del cuerpo nacional de policía con unidades territoriales periféricas para la prevención y represión de los delitos tecnológicos en sus propios ámbitos policiales.

Y señalar a los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea en la que participa la policía y el Ministerio Fiscal, así como la ciberpatrulla con policías de otros países.

España, a través de la Unidad de Investigación Tecnológica del Cuerpo Nacional de Policía, es colíder en la subprioridad de ciberataques del proyecto en EMPACT de Europol.

7.2.2 Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil (GDT)

El Grupo de Delitos Telemáticos fue creado para investigar, dentro de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, todos aquellos actos delictivos que se cometen a través de sistemas de telecomunicaciones y mediante las tecnologías de la información. En 1996, cuando las investigaciones sobre delitos informáticos empezaron a adquirir especial relevancia, se vio la necesidad de crear un grupo específicamente destinado a perseguir esta clase de delincuencia constituido por agentes que unieran a su preparación en investigación criminal una buena formación informática.

A mediados de 1999, dado que el campo de actuación se había ampliado a los fraudes en el sector de las telecomunicaciones, se adoptó una terminología más en consonancia con la realidad, pasando a llamarse Departamento de Delitos de Alta Tecnología (DDAT).

En 2000, se produce una mayor especialización de sus miembros, estructurándose en las áreas delictivas de pornografía infantil, fraude y estafa, propiedad intelectual y delito de hacking en consonancia con el convenio de ciberdelincuencia del Consejo de Europa

en el que participa personal de la Guardia Civil como expertos policiales.

En el 2003 la unidad toma su actual nombre Grupo de Delitos Telemáticos (GDT) y se crean a nivel provincial los equipos de Investigación Tecnológica (EDITE).

Desde el año 2002, la Guardia Civil organiza anualmente un Foro Iberoamericano de Encuentro de Ciberpolicía, que se ha constituido en un referente de colaboración internacional entre unidades de lucha contra la delincuencia informática a nivel latinoamericano es en otro foro a opinión en otro foro a nivel europeo.

Los fines específicos son fundamentalmente los siguientes:

- Llevar a cabo investigaciones relacionadas con la delincuencia informática y los fraudes en el sector de las telecomunicaciones, bien por propia iniciativa, a requerimiento de las Autoridades Judiciales, o por denuncia de los ciudadanos.
- Detección de delitos informáticos en la red patrulla cibernética (patrullas cibernéticas).
- Apoyo a las investigaciones del resto de las unidades de la Guardia Civil.

El Grupo de Delitos Telemáticos se integra en la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil los equipos de Investigación Tecnológica (EDITE) se encuentran las unidades orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil desplegados a nivel provincial.

Actualmente el GDT dispone de una estructura para luchar contra los hechos delictivos cometidos en la red que, consiste en diferenciar lo que serán unidades de seguridad ciudadana, como Policía Judicial genérica y encargado de prestar los servicios de atención al ciudadano de las unidades policiales Policía Judicial específica. La Policía Judicial genérica recibe la inmensa mayoría de las denuncias y son el primer contacto con el que cuentan las víctimas de ciberdelito; son las unidades de Policía Judicial sobre las que recae la responsabilidad de investigar aquellos hechos delictivos que puede ser de especial dificultad o por la propia sensibilidad del bien jurídico protegido que requieran una formación específica. Las unidades orgánicas de Policía Judicial cuentan con una sección de investigación que aborda los casos más graves.

Su estructura se conforma tratando de contar con una especialización delictiva en relación a los delitos tecnológicos relativos a la ciberdelincuencia. Y se investigan desde dos frentes distintos:

- Desde el ámbito de delitos relacionados con las personas donde se encuentran los EMUME (Equipo de Mujer/Menor), encargados de realizar las investigaciones relacionadas con la pornografía infantil y los delitos cometidos contra los menores (*grooming*, *cyberbullying*, etcétera). Pero, además de investigar ciberdelito, el objetivo último de esta actuación es lograr la identificación de los menores víctimas y en el caso de autores menores se busca también que sean investigados por personal especializado.
- Desde el ámbito de los delitos relacionados con el patrimonio donde se engloban los EDITE (Equipos de Investigación Tecnológica), responsables de hacer frente a toda delincuencia que se sirve para su comisión de los elementos tecnológicos a excepción de los relativos a menores y los que por dificultades técnicas necesitan de una preparación especializada. En esfera nacional también se encuentra el Grupo de Delitos Tecnológicos (GDT) de la Unidad Central Operativa (UCO), que desarrolla la investigación de este tipo de hechos cuando revista especial dificultad o complejidad o trascendencia y presta los apoyos técnicos operativos requeridos por las unidades territoriales.

7.3 Equipos Conjuntos de Investigación (JIT)

Estos equipos tienen un carácter transnacional, pero en España es un instrumento que prácticamente no se utiliza.

Esta figura fue creada por la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 para que los Estados miembros pudieran constituir equipos conjuntos de investigación cuando se precisa una acción coordinada. Estos JIT (Join Investigation Team) tienen un objetivo preciso con una duración limitada. A fin de cumplir con dicha decisión marco y sin esperar su aprobación definitiva y en atención a la utilidad que los JIT podrían tener en la investigación frente a la lucha contra el terrorismo de ETA, España adelantó la regulación nacional y promulgó dos leyes:

- La ley 11 del 2003 de 21 de mayo reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, donde se define el equipo conjunto de investigación como el constituido por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más Estados miembros de la Unión Europea para llevar a cabo investigaciones penales en el territorio de alguno de todos ellos que requieran una actuación coordinada con un fin determinado y por un período limitado.
- la Ley Orgánica 3 del 2003 de 21 de mayo complementaria de la ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea anteriormente referenciada, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España.

En el ámbito de las Naciones Unidas, el artículo 19 del Convenio Contra la Delincuencia Organizada Transnacional adoptado en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, conocido como Convenio de Palermo, prevé la investigación conjunta a través de acuerdos bilaterales o multilaterales entre los países que los suscriben o de acuerdos específicos en casos concretos

De igual forma, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre del 2003, conocida como convenio de Mérida, recoge en su artículo 41 las investigaciones conjuntas como método de investigación de estos delitos.

También los convenios bilaterales suscritos por España suelen tener en cuenta esta técnica. En este sentido, citamos el artículo 16 ter del Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos, celebrado en Washington el 25 de junio de 2003, y el protocolo adicional 12 de julio de 2005 al Convenio de Cooperación Colombia de 20 de mayo de 1997.

Los JIT pueden ser bilaterales, constituidos por dos Estados, y multilaterales si son más de dos Estados. Por su naturaleza, pueden ser policiales, fiscales o judiciales, dependiendo del órgano que realice la investigación.

Cabe destacar que no requiere de una comisión rogatoria, por lo que se acelera la práctica de las diligen-

Los delitos realizados mediante la Dark Net

cias de investigación y es mucho más ágil y eficaz. La legislación que rige la práctica de esta diligencia es la del Estado en el que se han de practicar las diligencias. Así que para el caso de practicarse fuera del territorio español se deberá de pedir que se adopten las mismas condiciones que si fueran practicadas en el marco de una investigación española.

Para la constitución del equipo JIT se requiere autorización previa de la Autoridad Nacional, y el art. 3 de la Ley 11/2003 especifica que autoridad competente será atendiendo a una serie de circunstancias:

- La Audiencia Nacional será competente cuando la investigación recaiga sobre los delitos cuyo enjuiciamiento corresponda a dicho órgano jurisdiccional y participen en el equipo miembros de la carrera judicial o fiscal.
- El Ministerio de Justicia cuando la investigación recaiga sobre los delitos para cuyo enjuiciamiento no resulte competente la audiencia nacional y participen en el equipo miembros de la carrera judicial o fiscal.
- El Ministerio de Interior a través de la Secretaría de Estado de seguridad en todos los supuestos en que no participen miembros de la carrera judicial o fiscal.

En este escenario, se plantea si la previa necesaria autorización del Ministerio de Justicia por la constitución o ampliación de los JIT puede ser contraria al artículo 117 de la Constitución española, ya que supone una intromisión directa en la labor judicial la medida que otorga a la autoridad administrativa competencias importantes dentro del procedimiento penal.

7.4 Las empresas proveedoras de Internet (ISP)

La colaboración y ayuda de los proveedores de Internet (*Internet service provider*) es esencial en la investigación de los delitos cometidos utilizando las TIC al ser estos quienes disponen y pueden proporcionar los datos de cualquier interacción en el ciberespacio.

En la ISP hay que distinguir entre los proveedores de acceso y los proveedores de servicio. Los primeros son las compañías que proporcionan el acceso a Internet, que normalmente suelen ser operadores de telecomunicaciones, como es el caso de las empresas, por ejemplo: Movistar, Orange, Vodafone, Jazztel. Mientras que los segundos son aquellos que proporcionan

ciertos servicios de uso común como el correo electrónico: Hotmail, Gmail, redes sociales como Facebook, Telegram, Twitter, almacenamiento de archivos como Dropbox Google Drive, publicación de vídeos y fotos como Youtube, Panoramio, Flickr o mensajería como Whatsapp, Line, Messenger, etcétera.

Para la obtención de la prueba es fundamental el papel de las empresas de telecomunicaciones y proveedoras de Internet en su colaboración con la justicia.

Estas empresas han de tratar de compatibilizar el desarrollo de la libertad de expresión, de comercio, conocimiento y comunicaciones que potencia Internet a través de sus múltiples mecanismos y posibilidades con la exclusión del mayor número de contenidos ilícitos posibles.

Por ello, es necesario tener y recabar la cooperación de estos operadores de telecomunicaciones y los proveedores de servicios de Internet al tener la información necesaria sobre los abonados y suscriptores.

Estas empresas tienen todo detalle en los datos sobre el tráfico de comunicaciones, datos del día, la hora, la duración y la fecha de cualquier comunicación, así como los implicados y el tipo de servicio y actividad.

Los datos se conservan por lo general durante un periodo de tiempo limitado según las necesidades comerciales del operador o proveedor y de los requisitos legales y comerciales para la protección de la esfera privada.

Los ISP tienen la obligación de conservar estos datos asociados a la comunicación y su cesión siempre y cuando medie autorización judicial por medio de la Ley 25/2007 de conservación de datos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal incurriendo en responsabilidad en caso de incumplimiento.

La LECrim impone el deber de colaboración a las ISP en estos supuestos:

- En la conservación y cesión de datos en virtud del artículo 588 ter j LECrim, los sujetos pasivos destinatarios de la obligación de conservar los datos de la ley 25/ 2007 son los proveedores de servicios de Internet y operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o explota en redes públicas de comunicaciones.

Y en este sentido los sujetos obligados son los determinados por el registro de operadores dependiente del Ministerio de Industria Energía y Turismo a través de la Comisión Nacional de

los Mercados y la Competencia, regulada en el artículo 7 de la Ley 9/2014 de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Así la LECrim amplía esto a los que conserven por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole.

Además de las responsabilidades penales que pudieran derivarse del incumplimiento de la obligación de conservación y cesión de los datos a los agentes facultados, establece también una responsabilidad administrativa.

- b. En la intervención de las comunicaciones, artículo 588 ter de LECrim, se establece como deber de colaboración y de secreto por parte de los operadores cuyo incumplimiento será constitutivo de un delito de desobediencia.

El sujeto obligado se amplía con respecto a los destinatarios de la obligación de conservar los datos previstos en la Ley 25/2007. El artículo 588 ter de la LECrim obliga a la compañía de telecomunicaciones tradicional que suministra acceso a la red telefónica y a la compañía de videojuegos online o cualquier persona que facilite la comunicación.

Es así como todos deberán favorecer a los agentes facultados la intervención de las comunicaciones entre aquellos usuarios que queden afectados por una orden judicial.

El problema estriba en que dicha intervención sea técnicamente factible o que las compañías extranjeras que faciliten estos servicios se consideren vinculadas con la legislación española.²³

- c. La orden de conservación de datos del artículo 588 octies de la LECrim tiene por objeto los datos informáticos vinculados a investigaciones concretas por lo que ha de solicitarse en cada supuesto, aunque se estime necesaria la preservación de determinada información incluida en un sistema informático o de almacenamiento de datos.

Se refuerza esto con el delito de desobediencia en caso de incumplimiento a cualquier persona física o jurídica, extendiéndose así no solo a los operadores de telecomunicaciones, sino

a cualquier otro sujeto que almacene los datos o informaciones como pueden ser los propios particulares que puedan canalizar el tráfico de la red TOR o aquellos ordenadores hayan sido empleados por el acceso fraudulento a Internet cuyo examen puede necesitarse por los investigadores.

- d. En el registro remoto, artículo 588 septies b de la LECrim, quedan obligados a colaborar para la práctica de la medida del acceso al sistema los prestadores de servicio y personas señaladas en el artículo 588 ter e y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro, incurriendo en desobediencia en caso contrario. Según la Ley 34/ del 2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico no son responsables los proveedores de los contenidos que transmitan o alojan o los que faciliten acceso si no participan en su elaboración o no tienen conocimiento de la ilegalidad de los mismos.

Sin embargo, son responsables solo si conocen su ilicitud y no actúan rápidamente para retirarlos o imposibilitan el acceso a ellos, por lo que tienen obligación de denunciar los contenidos delictivos que detecte en sus servidores.

En cualquier caso, las solicitudes de bloqueo de acceso y retirada de contenidos o sitios Web deberán ser requeridas con autorización judicial.

Mencionar también el reglamento de la Unión Europea 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la directiva 95/46 del Reglamento General de Protección de Datos, que establece la obligación de las empresas que prestan servicios de la conocida como sociedad de la información²⁴ de comunicar a las autoridades nacionales cuando sufran un incidente relacionado con la seguridad de la información. Por lo que con este artículo acabará con las grandes compañías que no daban cuenta de estos incidentes para evitarse perjuicios en su reputación con el consiguiente perjuicio para los usuarios.

²³ BERMUDEZ GONZÁLEZ, J. *Deber de colaboración de particulares en la LECrim*. Ponencia presentada en el curso de formación de fiscales "Uso de las nuevas tecnologías y nuevas formas de delincuencia" que se celebró en el Centro de Estudios jurídicos los días 27 al 28 de octubre de 2016.

²⁴ La sociedad de la información suele distinguir entre abonado a un servicio de telecomunicaciones y suscriptor a un servicio de Internet.

Los delitos realizados mediante la Dark Net

Resaltar que afortunadamente nuestro ordenamiento jurídico permite la imputación de delitos a persona jurídica por ciberdelincuencia y utilizando para ello también la Dark Net, por lo que es posible realizar cualquier diligencia procesal en el marco de una investigación cuando ha intervenido la empresa o ha sido utilizada para la comisión de alguno de estos delitos:

- a. Delitos relacionados con ordenadores y ataques contra los sistemas de información, al amparo de la reforma por la Ley Orgánica 1/2015, que ha incorporado un nuevo artículo 197 quinquies al capítulo dedicado “al descubrimiento y revelación de secretos del Código Penal”, con el objeto de regular la responsabilidad de una persona jurídica en los casos de los delitos relacionados con ordenadores y sistemas de información en particular los ataques contra los mismos.
- b. Delitos relacionados con el abuso sexual de menores en línea y con la pornografía infantil. La nueva redacción del Código Penal recoge en el artículo 183 ter del Código Penal dos conductas delictivas en la lucha contra los abusos sexuales a menores en Internet:
 - El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.
 - Este supuesto es el caso de delito de *grooming*, que se define como el proceso por el cual una persona, de manera deliberada, se hace amigo de un niño o establece una relación o un control emocional sobre el menor, a través de medios informáticos, para tener contacto sexual en línea y/o un encuentro físico con ellos, con el objetivo de cometer abuso sexual.
 - La reforma llega en el mismo momento en que el Tribunal Supremo condena por *grooming* en la Sentencia 823/2015 de 24 de febrero:
 - Un contacto por medio tecnológico con un menor de 16 años para su captación.
 - Por proponer un encuentro para cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 183 a 189. La consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.
 - La realización de actos materiales encaminados al acercamiento, esto es actos que pretenden ganarse la confianza del menor y que deben repercutir y reflejarse más allá del mundo digital.
 - La voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189 que comprenden ataques a la indemnidad sexual de menores de 16 años.
 - El desconocimiento de la edad del menor no es suficiente para la exculpación, sino que ha de ser probado en base a alguna circunstancia excepcional.
 - El grooming se castigará, como tal, solo cuando no se haya llegado a materializar efectivamente la conducta sexual.
 - El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.
 - Este segundo supuesto es una novedad en el Código Penal español, y se refiere a la explotación de imágenes relacionadas con pornografía infantil y la exposición a este tipo de material.
 - Los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado tienen dificultades para encontrar pruebas digitales porque los delincuentes usan técnicas de cifrado, redes de servidores y sofisticados métodos que les garantizan el anonimato y que se valgan de la Dark Net.
- c. Delitos en que ordenadores o sistemas y tecnologías de la información fueron herramientas para delinquir u objeto principal del delito en particular el fraude en línea y con tarjetas de pago.

Los delincuentes utilizan varios métodos para capturar los datos, como el *skimming* (robo de datos en cajeros o máquinas expendedoras para la clonación de tarjetas) y el *phishing*. A menudo las personas solo se dan cuenta de la sustracción de los datos de su tarjeta cuando ya es demasiado tarde. Estos datos pueden servir para fabricar tarjetas falsas o utilizarse posteriormente para cometer fraudes sin presencia física de tarjeta.

Los estafadores utilizan la información para adquirir bienes en nombre de las víctimas o para obtener fondos no autorizados de sus cuentas.

Los datos de estas tarjetas también pueden ponerse a la venta en mercados de la red oscura, Dark Net. En muchos casos los datos robados en un país se utilizan en otros lugares, dificultando su rastreo, por lo que es fundamental la cooperación internacional.

- d. Para los delitos de daños informáticos referidos a las rúbricas “interferencia ilegal en los datos”, “interferencia ilegal en los sistemas de información” e “instrumentos utilizados para cometer la infracción tipificado en los artículos 264 del C. P., 264 bis del C.P y 264 ter del C. P.”.

La modalidad básica del artículo 264.1 castiga con una pena de prisión de seis meses a tres años al que por cualquier medio o procedimiento y sin estar autorizado de manera grave borre, deteriore, altere, suprima o haga inaccesibles los datos informáticos, los programas informáticos o cualquier documento electrónico ajeno y provoque un resultado grave en los mismos.

El legislador, por tanto, abarca todas las posibles conductas susceptibles de afectar a los elementos informáticos, tanto las que implican su destrucción (total o parcial) como alteración (sea esta por eliminación, supresión o borrado parcial del elemento o por la incorporación de datos nuevos que supongan la modificación de su alcance o contenido inicial).

Asimismo, hacer inaccesibles los datos, programas informáticos o documentos electrónicos implica que, sin afectar a su existencia o esencia, acceder a los mismos se hace imposible, sea para conocer su contenido u operar con ellos de cualquier forma.

Por poner un ejemplo, piénsese en el programa malicioso conocido como *ransomware*, el cual actúa restringiendo el acceso a partes o archivos del sistema a través, por norma, de su cifrado.

La acción típica merece mayor reproche penal a juicio del legislador cuando se emplee alguna de las herramientas que recoge el artículo 264 ter del Código Penal: programas informáticos concebidos o adaptados para cometer los delitos o contraseñas, códigos de acceso o similares que posibiliten acceder a todo o parte del sistema de información. El caso paradigmático es el de los denominados programas informáticos maliciosos o malware.

- e. Los llamados delitos de odio. La definición de “delitos de odio” (*hate crime*) que usan los distintos Estados que recogen esta figura en sus legislaciones coincide en identificar estos como actos criminales que se cometen basándose en un prejuicio, y consta de dos elementos:

- Que el acto constituya una infracción penal.
- Que sea producto de un prejuicio del autor hacia la víctima por pertenecer a un colectivo vulnerable al odio. La víctima (o el objetivo) se elige intencionadamente por el autor por su pertenencia (real o presunta) a un colectivo que consideramos desde este punto de vista especialmente protegido. Por tanto, los elementos distintivos de estos delitos en relación con otros son: que la víctima (o víctimas) tiene una condición simbólica al no ser atacada por ser ella sino por lo que representa, y podría ser ella o cualquier otra que tenga sus mismas características (o aparente tenerlas). La intencionalidad de este tipo de violencia es no solo atacar a la víctima, sino transmitir un mensaje de rechazo, hostilidad e intimidación a todo el colectivo al que pertenece. La participación en este tipo de crímenes suele ser múltiple, no se trata de un hecho aislado.

Se les castiga porque su mensaje puede dar lugar a la aparición en quien lo reciben de unas ideas (las del odio) que se consideran tan peligrosas y se valoran tan negativamente que se trata de impedir que puedan propagarse mediante la amenaza de sanción

Los delitos realizados mediante la Dark Net

penal a aquel que las puede difundir mediante su publicación o transmisión.²⁵ Señalar que en nuestro Código Penal no existe una regulación estructurada de los “Delitos de Odio” a través de ningún título o capítulo y que tampoco existe una mención definitoria de “delitos de odio”.

La definición del delito de odio afín a las ya existentes es la que se recoge en la Recomendación General N° 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI):

... el discurso de odio [...] debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación al odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.

Partiendo de esa conceptualización, el artículo 510 CP castiga con una pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses a quien realice públicamente el fomento, promoción o incitación directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las personas por motivos racistas, antisemitas, por la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual y razones de género, enfermedad o discapacidad.

También castiga con la misma pena a quien produzca, elabore, posea con la finalidad de distribuir, facilite a terceros el acceso, distribuyan, difundan, que como en el resto de los delitos que se han mencionado en este artículo el problema de su persecución y sanción estriba en multitud de problemas de prueba y en la identidad de la autoría, máxime valiéndose de la plataforma de la Dark Net, que protege como

sabemos el anonimato del infractor-ciberdelincuente, por lo que algunas conductas a pesar de los medios e instrumentos tecnológicos de los que disponemos, desgraciadamente quedan impunes.

²⁵ Galán Muñoz A. “Delitos de odio. Discurso del odio y derecho penal ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?” Revista Penal n° 46. Tirant Lo Blanch. 2020.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES